

ULOVFESTET GJENNOMSKJÆRING VED SKATTEMOTIVERT VALG AV TRANSAKSJONSFORM

Grensen for legitim skattetilpasning ved fisjon med etterfølgende aksjesalg under fritaksmetoden etter gjeldende rett



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 619
Leveringsfrist: 25.april 2012
Til sammen 17 966 ord
17.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Avgrensninger	3
1.3	Rettskilder	4
1.4	Fremstillingen videre	6
<u>2</u>	<u>SKATTEFORDELER VED FISJON MED ETTERFØLGENDE AKSJESALG</u>	<u>7</u>
2.1	Innledende bemerkninger	7
2.2	Hovedtrekkene i beskatningen	7
2.2.1	Fisjon uten umiddelbare skattemessige virkninger (skattekreditt)	7
2.2.2	Skattefri realisasjon av aksjer under fritaksmetoden	10
2.2.3	Forholdet mellom avskrivning og periodisering av gevinst og tap	11
<u>3</u>	<u>HOVEDTREKKENE I GJENNOMSKJÆRINGSREGELEN</u>	<u>13</u>
3.1	Innledende bemerkninger	13
3.2	Et grunnvilkår og en totalvurdering	15
3.2.1	Generelt	15
3.2.2	Grunnvilkåret om skattemessig motivasjon	16
3.2.3	Totalvurdering	19

4 GJENNOMSKJÆRING VED FISJON MED ETTERFØLGENDE AKSJESALG 22

4.1 Innledende bemerkninger 22

4.1.1 Generelt 22

4.1.2 Forholdet til gjennomskjæringsregelen 23

4.1.3 Rettslig utgangspunkt: Legitim skatteplanlegging 25

4.2 Sammenhengsbetraktninger 31

4.2.1 Generelt 31

4.2.2 Fisjon som ledd i en samlet plan 31

4.2.3 Sammenhengsbetraktninger og gjennomskjæringssynspunkter 34

4.3 Fritaksmetodens og fisjonsskattereglenes formål 36

4.3.1 Generelt 36

4.3.2 Fritaksmetodens formål 37

4.3.3 Formålet bak reglene om fisjon uten umiddelbare skattemessige virkninger 38

4.3.4 Må transaksjonsrekken være i strid med både fritaksmetodens og fisjonsskattereglenes formål? 40

4.4 Forretningsmessig egenverdi ved fisjon og etterfølgende aksjesalg 41

4.4.1 Generelt 41

4.4.2 Ikke-skattemessige virkninger ved fisjon og aksjesalg 42

4.4.3 Fisjon som et forretningsmessig unødvendig ledd i en ellers forretningsmessig begrunnet transaksjonskjede 45

4.5 Nærmere om selskapets motiv og egenverdi (grunnvilkåret) 50

4.5.1 Generelt 50

4.5.2 Vurderingstidspunkt 52

4.5.3 Beviskravet – et alminnelig overvektsprinsipp? 54

4.5.4 Selskapets bevisbyrde – presumsjon for skattemotiv 55

4.6	Særskilt om tids- og planleggingsmomentet	57
4.6.1	Generelt	57
4.6.2	Tidsmomentet og graden av planlegging på fisjonsbeslutningstidspunktet	58
4.6.3	Når kan selskapet igangsette konkrete salgsforberedelser etter fisjonsgjennomføringen?	61
<u>5</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>63</u>
<u>6</u>	<u>KILDEHENVISNINGER</u>	<u>64</u>
6.1	Litteraturliste	64
6.2	Lov- og forskriftsregister	67
6.3	Lovforarbeider	67
6.4	Domsregister	68
6.5	Bindende forhåndsuttalelser fra Skattedirektoratet, vedtak fra Skatteklagenemnda for storbedrifter, rundskriv, Lignings-ABC	69
6.6	Annet	71
6.7	Personlige meddelelser	71
<u>7</u>	<u>LISTE OVER TABELLER OG FIGURER MV.</u>	<u>71</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Den økende tendensen til å utfisjonere deler av et formueskompleks etter skatteloven (sktl.) kapittel 11 med etterfølgende skattefritt aksjesalg under fritaksmetoden ved latent gevinst, har tilføyd den ulovfestede skattemessige gjennomskjæringsregelen en ny dimensjon. Ved innføringen av fritaksmetoden ble det lagt opp til en substansiell forskjellsbehandling i gevinstbeskatningen for selskapsaksjonærer, uten at dette resulterte i noen tilsvarende lovendring for skattereglene ved fisjon.¹ Dermed ble det også indirekte lagt til rette for nye måter å omgå skattereglene på, og dette er tema for denne avhandlingen. Slik tittelen viser, tales det i disse tilfellene om ”ulovfestet gjennomskjæring ved skattemotivert valg av transaksjonsform”.²

I hovedtrekk innebar innføringen av fritaksmetoden i skatteloven at det som hovedregel ikke skal beregnes skatt på gevinst ved salg av aksjer for selskapsaksjonærer. Tilsvarende kan selskapet i utgangspunktet ikke kreve fradrag for tap. Av de alminnelige regler følger det motsetningsvis at gevinst ved salg av selskapets innmat er skattepliktig og tap fradragsberettiget. Dersom det totale vederlaget overstiger den ligningsmessige verdien av formuesgodene, vil selskapet derfor normalt være best tjent med å selge aksjene i selskapet, mens i tilfeller hvor eiendelenes skattemessige verdi er høyere enn vederlaget, vil salg av innmat være å foretrekke. Muligheten for omstrukturering uten umiddelbar beskatning og salg av aksjer under fritaksmetoden, skaper således betydelig terskeffekt og representerer sterke incentiver til skattetilpasning.³

¹ Ot.prp.nr. 1 (2004-2005) s. 93 punkt 6.5.10.

² Jfr. også Finansdepartementets terminologi i Ot.prp.nr.1 (2004-2005) punkt 6.5. Vekselsvis tales det om *gjennomskjæring*, *omklassifisering* og/ eller *tilsidesettelse*, se Lignings-ABC 2011 s. 1204.

³ Gjems-Onstad (2008) s. 1145.

Brønnøysundregistrene uttalte i en pressemelding 4. januar 2007 at man i 2006 opplevde en dramatisk økning av nyregistrerte aksjeselskaper.⁴ Pågangen var særlig stor i siste kvartal av 2005 hvor Foretaksregisteret hadde et etterslep på rundt 14 000 nye AS som man ikke fikk registrert innen årsskiftet. Samlet sett utgjorde antall nyregistreringer i 2006 hele 34 813 nye AS, som sammenlignet med tidligere ”normalår” representerte en prosentmessig økning på ca. 70 prosent. Departementet uttalte også under evalueringen av skattereformen 2006 at dette hadde en sammenheng med innføringen av fritaksmetoden.⁵

Det må antas at ligningsmyndighetene og domstolene i overskuelig fremtid vil bli forelagt flere saker hvor valget av transaksjonsform må anses hovedsakelig skattemessig motivert, og den nærmere grensen mellom legitim skatteplanlegging og uakseptabel omgåelse må søkes klarlagt. Problemstillingen har imidlertid ennå ikke vært forelagt Høyesterett, men avhandlingen vil ved en kritisk analyse av det skatterettslige rettskildematerialet redegjøre for i hvilke tilfeller det kan være grunnlag for skattemessig gjennomskjæring ved fisjon med etterfølgende aksjesalg etter gjeldende rett.

Omgåelsesproblemene knyttet til fritaksmetoden, sett i en større sammenheng, er ikke noe nytt fenomen, men knytter seg til en mer generell overordnet problemstilling som angår alle realisasjonsbaserte skattesystemer; periodisering av tap og gevinst.⁶ Ettersom skattyters eiendeler ikke blir beskattet løpende, ligger det normalt ”i skattyters natur” å tilpasse seg slik at skattebyrden blir minst mulig. Tap realiseres helst tidlig for å få nytte av verdien som ligger i tapsfradraget, mens latente gevinster gjerne utsettes slik at skattyter kan nyte godt av skattekreditten. Skattyter vil således normalt ha sterke økonomiske incentiver til skattetilpasning ved kapitalbeskatningssystemer som bygger på et realisasjonsprinsipp som innvinningskriterium.

⁴ Brønnøysundregisteret (2007).

⁵ Meld.St.11 (2010-2011) s. 103: En overveiende del av nyregistreringene var selskaper som drev drift og omsetning av fast eiendom. Dette skyldes nok i stor grad at de fleste eiendommer ikke kan aktiveres og avskrives, og det foreligger da normalt ingen skattemessig interesse motsetning mellom partene.

⁶ Meld.St.11 (2010-2011) s. 103.

1.2 Avgrensninger

Fremstillingens primære siktemål er en analyse av det skatterettslige rettskildematerialet, men temaet reiser en rekke avgrensningsspørsmål. Først og fremst avgrenses det mot problemstillinger av selskapsrettslig art som oppstår ved omstrukturering av selskapet, jfr. sktl. § 11-4. Henvisningen til aksjeloven (asl.)/ allmennaksjeloven (asal.) § 14-2 innebærer i realiteten at vilkårene i sktl. § 11-4 er av ren selskapsrettslig karakter, uten rom for skatterettslige betraktninger.⁷ Fremstillingen forutsetter derfor i det følgende at fisjonen er skjedd i overensstemmelse med selskapsrettslige betingelser.

Ved lovendring 10. juni 2011 nr. 16 ble også sktl. § 11-1 (2) endret slik at brudd på selskaps- og regnskapsrettslige regler ikke har umiddelbare skattemessige virkninger. Det tidligere lovlighetskravet er således begrenset til vilkårene i asl./asal. kapittel 14, jfr. sktl. § 11-4. Spørsmål av regnskapsrettslig art faller dermed også naturlig utenfor rammene her.

Nært beslektet med omgåelsesproblematikken er strafferettslig skatteunndragelse. Fra et skatteøkonomisk perspektiv er det ingen store innvendinger mot å behandle omgåelse og skatteunndragelse sammen i en fremstilling som denne. Banoun fremhever nettopp at både omgåelse og skatteunndragelse er adferd som kan forårsake at skattereglene ikke får de provenyvirksomheter som er forutsatt, og som vil innebære samfunnsøkonomiske tap.⁸ På den annen side er det rettslig sett store forskjeller på hvilke forhold rettsordenen slår ned på, og en samlet behandling av disse synes derfor lite hensiktsmessig.

Det avgrenses også mot tilfeller som mer hensiktsmessig bør karakteriseres som pro forma. Når en transaksjon gjennomskjæres, betyr det i korte trekk at den ikke får virkning etter sitt formelle innhold. Pro forma er noe helt annet, og hører rettslig sett inn under skatteunndragelseskategorien.⁹ I disse tilfellene er problemet at transaksjonens ytre realitet ikke er i samsvar med de reelle forholdene inter partes.

⁷ Jfr. Rt 2008 s. 438 *Habberstad* (36).

⁸ Banoun (2004) s. 57.

⁹ Banoun (2003) s. 16. Ved pro forma er det i utgangspunktet tale om en alminnelig bevisbedømmelse.

Avslutningsvis avgrenses det mot den spesielle gjennomskjøringsregelen i sktl. § 14-90 som rammer skattemotiverte overføringer av skatteposisjoner. Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen er ment å supplere gjennomskjøringsregelen.¹⁰ Imidlertid omfatter regelen bare skatteposisjoner ”uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost”, typisk fremførbart underskudd, negativ gevinst- og tapskonto, tom positiv saldo samt ubenyttet skjerming.¹¹ Fremstillingen forutsetter derfor at det utfisjonerte formuesgodet utelukkende overføres med skattemessig kontinuitet etter sktl. § 11-8 (4), det vil si at inngangsverdien typisk er knyttet til et fysisk driftsmiddel eller en fast eiendom.

1.3 Rettskilder

Som en følge av legalitetsprinsippets sterke stilling i norsk rett, er skatteloven den primære rettskilden, også i saker om ulovfestet gjennomskjøring. Bestemmelsene som forsøkes omgått, danner utgangspunktet for hvilke beskatningsregler som kommer til anvendelse, og dermed for hvilke skattefordeler som kan oppnås. I hvilke tilfelle det er grunnlag for gjennomskjøring avgjøres imidlertid ikke av lovteksten. Dette spørsmålet må besvares på ulovfestet grunnlag.¹² Fremstillingen vil konsekvent utelukke de tilfeller hvor saken løses på grunnlag av en alminnelig lovtolkning og subsumsjon.¹³

Den ulovfestede gjennomskjøringsregelen er blitt utviklet i et samspill mellom rettspraksis og juridisk teori.¹⁴ Høyesterettspraksis utgjør dermed den sentrale rettskilde ved tolkningen av innholdet. Imidlertid har ikke Høyesterett vært forelagt spørsmålet om gjennomskjøring ved skattemotivert fisjon med etterfølgende aksjesalg. Dette vil unektelig ha betydning for

¹⁰ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 81 punkt 6.5.7.2.

¹¹ Ibid. s. 79 punkt 6.5.7.1. Det vil si overføringer som både representerer skattefordeler og skatteforpliktelser.

¹² Beskatningen må imidlertid skje innenfor lovens bokstav, jfr. legalitetsprinsippet.

¹³ Banoun (2003) s. 292 og Zimmer (2009a) s. 263: At alminnelig lovtolkning og gjennomskjøring er to ulike rettslige vurderingstemaer er ikke tvilsomt, jfr. Rt 2002 s. 798 *Nordea* (s. 803).

¹⁴ Zimmer (2009a) s. 63; Rt 2007 s. 209 *Hex* (39).

anvendelsen av gjennomskjæringsregelen i slike tilfeller.¹⁵ I forarbeidene til fritaksmetoden og fisjonsskattereglene påpeker departementet imidlertid at gjennomskjæring ved fisjon med etterfølgende aksjesalg må skje med utgangspunkt i den alminnelige ulovfestede gjennomskjæringsregelen.¹⁶ Høyesteretts premisser vil dermed ha stor argumentasjonsverdi for drøftelsene av problemstillingen.

De sentrale forarbeider er Ot.prp.nr.1 (2004-2005) Skatte- og avgiftsopplegget 2005 og Ot.prp.nr.71 (1995-1996) Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper. En analyse av forarbeidene bidrar først og fremst til en klarlegging av temaets rettslige utgangspunkt for analysen av forholdet til den ulovfestede gjennomskjæringsregelen, og med enkelte presiseringer av gjeldende rett. Dernest innebærer gjennomskjæringsregelen at skattyters transaksjon skal prøves opp mot skattereglenes formål. Forarbeidene er her den sentrale rettskilde for fastleggelsen av dette formålet.¹⁷

Ligningspraksis blir i denne fremstillingen trukket frem for å bidra til en bedre forståelse av temaet og problemstillingene. Hvilken rettskildemessig vekt det er legitimt å tillegge slik praksis, eller hvorvidt den bør ha noen rettskildemessig betydning overhodet, er omstridt.¹⁸ Normalt avhenger argumentasjonsverdien derfor i stor grad av hvilken rettskildedekning kildene har i det øvrige rettskildematerialet.

Administrative uttalelser og bindende forhåndsuttalelser fra Skattedirektoratet anvendes også i stor grad. Som drøftelsene vil vise, vil også disse kildene først og fremst ha opplysende verdi ved at de kan bidra til bedre forståelse av temaet, samt illustrere typetilfeller og mulige løsninger.

¹⁵ Eneste høyesterettsbehandling av temaet er et obiter dictum i Rt 2008 s. 438 *Habberstad* (38).

¹⁶ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 79 punkt 6.5.6.5 og Ot.prp.nr. 71 (1995-1996) s. 22. Se avsnitt 4.1.2 nedenfor om transaksjonsrekkens forhold til den ulovfestede gjennomskjæringsregelen.

¹⁷ Finansdepartementet fremhever med bred penn hvilke formål fritaksmetoden skal ivareta. Fisjonsskattereglenes lovforarbeider angir også klare føringer i så henseende.

¹⁸ Boe (1996) s. 283, Fleischer (1998) s. 226, Eckhoff (2001) s. 225-227 og Fredriksen (2008) s. 224-260.

Fremstillingen gjør også bruk av juridisk litteratur om temaet. I likhet med ligningspraksis og administrative uttalelser, brukes slike fremstillinger først og fremst på grunn av den argumentasjons- og gjenkjenningsverdi de har.

Gjennomskjæringsregelen er en typisk rettslig standard.¹⁹ Hvorvidt det er grunnlag for gjennomskjæring, vil alltid måtte bero på en konkret helhetsvurdering av de faktiske omstendigheter i saken. Reelle hensyn har derfor også sentral plass i denne fremstillingen, både ved slutningen av de øvrige rettskildefaktorene, og som selvstendig rettskildefaktor.

1.4 Fremstillingen videre

Del 2 redegjør for hovedtrekkene i hvilken skattefordel selskapet kan oppnå ved fisjon med etterfølgende aksjesalg. En fordel ved å behandle tilpasningsmulighetene før drøftelsene av omgåelsesproblematikken er at man på denne måten får grunnleggende kjennskap til hvilke regler som forsøkes omgått. Dette kan bidra til å øke forståelsen av temaet. Ulempen ved oppsettet er faren for dobbeltbehandling. Dette fordi skattefordelen også vil bli inngående drøftet i hoveddelen. Fremstillingen innebærer på den annen side at gjennomskjæringsdrøftelsene blir mer sammenhengende, uten unødig oppstykking.

Del 3 redegjør for hovedtrekkene i den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Denne delen er ikke ment som en uttømmende redegjørelse for gjeldende rett, men fremstillingens tema nødvendiggjør grunnleggende kjennskap til hovedtrekkene i regelen.

Del 4 utgjør fremstillingens spesielle del. Her redegjøres det for den nærmere grensen mellom legitim skatteplanlegging og uakseptabel omgåelse ved fisjon og aksjesalg. Avslutningsvis i del 4 redegjøres det særskilt for tids- og planleggingsbetraktninger ved anvendelsen av gjennomskjæringssynspunkter, se avsnitt 4.6. Vurderingstemaet er her skilt ut i et eget avsnitt av analytiske grunner, men vil i praksis inngå i den konkrete gjennomskjæringsvurderingen. Noen avsluttende bemerkninger finnes i del 5.

¹⁹ Gjems-Onstad (2008) s. 1090.

2 Skattefordeler ved fisjon med etterfølgende aksjesalg

2.1 Innledende bemerkninger

Salg av innmat med merverdier utløser i utgangspunktet alminnelig gevinstbeskatning med en skattesats på 28 prosent for selskapsaksjonærer. Avhandlingen vil i det følgende se nærmere på hvilke skattemessige incentiver selskapet vil ha ved å velge en skatteoptimal transaksjonsform, angivelig ved bruk av fisjonsinstituttet for å komme i posisjon til å selge aksjer under fritaksmetoden. Fremstillingen må nødvendigvis bli generell i sin utforming med et visst overordnet perspektiv, og pretenderer for øvrig på ingen måte å skulle gi noen uttømmende oversikt.

2.2 Hovedtrekkene i beskatningen

2.2.1 Fisjon uten umiddelbare skattemessige virkninger (skattekreditt)

Skattelovens utgangspunkt er at overføring av formuesgoder mot vederlag fra et skatte-subjekt til et annet er en skatterettslig realisasjon som utløser gevinstbeskatning etter de alminnelige regler, jfr. sktl. §§ 5-1 og 5-30 jfr. kapittel 9. Dersom et selskap eksempelvis ønsker å overføre en fast eiendom med merverdier innen konsernet, medfører dette således normalt en betydelig skattekostnad for selskapet.

Reglene om skattefri fisjon etter sktl. kapittel 11 innebærer imidlertid at selskapet, uten umiddelbar beskatning, kan omorganisere selskapsstrukturen, typisk for å tilpasse seg den stadig økende konkurransesituasjonen, og for å sikre maksimal avkastning på de ulike innsatsfaktorene i selskapet.²⁰ Det overdragende selskapet kan på denne måten komme seg i posisjon for å oppnå et skatteoptimalt aksjesalg gjennom det utfisjonerte (overtakende) selskapet. Utfisjonering av betydelige verdier har lenge vært ansett som et rasjonelt og hensiktsmessig virkemiddel i en salgsforberedelsesprosess.²¹

²⁰ Zimmer & Bahr (2010) s. 581.

²¹ Gjems-Onstad (2008) s. 1146 og Slåtta (2005) s. 142. Se også Rt 1978 s. 1184 *Grecon* og Skatte-direktoratets bindende forhåndsuttalelser i BFU 77/04 og 15/05.

I dag ligger nok imidlertid de fleste eiendeler av betydelig verdi normalt allerede i et eget aksjeselskap, men fisjon vil likevel være en aktuell omstrukturering med tanke på fremtidig salg for en rekke selskaper, enten disse driver virksomhet eller passiv kapitalforvaltning.²²

En fisjon innebærer i korte trekk at deler av det overdragende selskapets formueskompleks, eller samtlige formuesgoder, overføres til ett eller flere overtakende selskaper, enten dette stiftes ved fisjonen eller eksisterer i forkant.²³ Dersom det overdragende selskapet overfører samtlige eiendeler, rettigheter og forpliktelser, skal selskapet oppløses og avvikles straks etter overdragelsen, jfr. sktl. § 11-9. Fremstillingen forutsetter i det følgende at det overdragende selskapet utelukkende overfører en del av det samlede formueskomplekset, typisk en eiendomsportefølje eller andre betydelige driftsmidler.

Det sentrale skatterettslige vilkåret for å oppnå skattefrihet er at omstruktureringen skjer med skattemessig kontinuitet, jfr. sktl. § 11-7 (1). Regelen innebærer at selskapets merverdier videreføres som latent skatteforpliktelse for det overtakende selskapets taps- og gevinstberegning, det vil si at selskapets latente gevinst overtas uendret etter fisjonen. Skattegrunnlaget vil dermed langt på vei være det samme. I utgangspunktet skjer det kun et bytte av skattesubjekter.²⁴

Det overdragende selskapets skatteposisjoner skal tilordnes den eiendel eller gjeld den har mest tilknytning til, jfr. sktl. § 11-8 (4). Dersom denne ikke har tilknytning til noen bestemt eiendel eller gjeld, tilordnes skatteposisjonene det selskapet som fortsetter den virksomhet som posisjonen skriver seg fra, jfr. § 11-8 (3) første punktum. Hvis selskapet ikke kan sannsynliggjøre slik tilknytning, fordeles posisjonene i selskapene ut fra hvordan nettoverdiene i selskapene fordeles, jfr. § 11-8 (3) annet punktum.²⁵

²² Zimmer & Bahr (2010) s. 317 i petit.

²³ Folkvord (2006) s. 38. Zimmer & Bahr (2010) s. 597 bruker betegnelsene ren fisjon og fisjonfusjon. En annen tilrettelegging er ”drop down fisjon” hvor det skjer en fisjonfusjon samtidig med en trekantfusjon.

²⁴ Se i denne sammenheng Oslo tingretts dom i Utv-2011-1659.

²⁵ Lignings-ABC (2011) s. 507 punkt 4.10.1 og 4.10.2.

Fisjonsreglene gjelder både hvor det overdragende selskapet driver virksomhet og passiv kapitalforvaltning.²⁶ Det fremgår klart av forarbeidene at det heller ikke gjelder et krav om kontinuitet av en eventuell aktivitet i det overdragende selskapet.²⁷ En utfisjonering med skattemessig kontinuitet fra et selskap som eksempelvis driver med produksjon og/ eller utvikling av driftsmidler, eller drift og omsetning av fast eiendom, vil imidlertid presumtivt ha flere ikke-skattemessige incentiver. Dette vil kunne være et viktig moment i gjennomskjæringsvurderingen. På den annen side gikk departementet uttrykkelig bort fra å innføre et absolutt virksomhetskrav under lovforberedelsen.²⁸ Slåtta tar likevel til ordet for at det vil være et viktig moment at selskapet driver virksomhet i skatterettslig forstand.²⁹

Omstruktureringen stiller heller ingen krav om størrelsesforhold mellom det overdragende og utfisjonerte selskapet. Men som fremstillingen i avsnitt 2.2.3 nedenfor viser, innebærer reglene om avskrivning og periodisering av tap og gevinst at det for selger normalt vil gi størst samlet nettopproveny å utfisjonere driftsmidler av høy verdi som ikke kan avskrives, for eksempel boligbygg, eller driftsmidler som avskrives med lave satser, for eksempel forretningsbygg og andre anlegg. Reglene er imidlertid ikke til hinder for at selskapet kun utfisjonerer en fisjonsfordring på selskapet, eller deler av selskapets kontantbeholdning.³⁰

For fast eiendom har det i tiden etter innføringen av fritaksmetoden utviklet seg en bred praksis i å opprette såkalte ”single purpose eiendomsselskaper”.³¹ I forbindelse med et senere salg kan selskapet for eksempel sikre seg rett til utleie gjennom driftsselskapet i en langsiktig leiekontrakt med det overtakende selskapet. På denne måten vil eiendommen, med en sikker og pålitelig leietaker, normalt utgjøre et attraktivt salgsobjekt.³²

²⁶ Asl./asal. § 1-1 inneholder ingen krav til virksomhet.

²⁷ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 29, NOU 1989:14 s. 273, Brudvik mfl. (2004) s. 881, Brudvik (2010) s. 598.

²⁸ Op.cit. s. 28-29.

²⁹ Slåtta (2005) s. 130 punkt 2 i sin analyse av Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse i BFU 05/05.

³⁰ Se for eksempel Rt 1978 s. 1184 *Grecon* og Rt 2008 s. 438 *Habberstad*, og BFU 77/04.

³¹ ”Single purpose eiendomsselskaper” har til eneste oppgave å eie og/ eller leie ut fast eiendom.

³² Se Pretor (2011).

For fullstendighets skyld nevnes at Finansdepartementet også kan gi samtykke til skattelempe ved realisasjon av visse angitte formuesgoder, i og utenfor virksomhet, som foretas i forbindelse med omstrukturering, jfr. sktl. § 11-22 med tilhørende forskrifter i FSFIN. §§ 11-20 flg. Disse bestemmelsene omtales ikke nærmere i det følgende.

2.2.2 Skattefri realisasjon av aksjer under fritaksmetoden

Fritaksmetoden ble innført ved lov 10.des 2004 nr.77 med virkning fra 1.januar 2004 for aksjeutbytte, og 26.mars 2004 for aksjegevinster.³³ Bestemmelsen i sktl. § 2-38 innebærer at aksjeinntekter innen selskapssektoren som hovedregel fritas for gevinstbeskatning. Motsetningsvis gis det ikke fradrag for tap.

Inntil 1.januar 2012 skulle tre prosent av selskapets nettogevinst ved aksjesalg likevel inntektsføres.³⁴ Den sjablongmessige og tilsynelatende vilkårlige inntektsføringen ga en effektiv skattesats på 0,84 prosent som følge av 28 prosent skatt på inntektsføringen av gevinsten under fritaksmetoden. For selskapet var ulempene av regelen at det måtte foretas en ligningsmessig fastsettelse av aksjegevinsten ved realisasjon. Dette innebar dermed økte etterlevelseskostnader for selskapet, tilsynelatende i strid med departementets ønske om forenkling av gevinstberegningen.³⁵ Departementet fremhevet også allerede ved evalueringen av skattereformen at inntektsføringen kunne virke uforholdsmessig i forhold til selskapets faktiske kostnader, særlig for store latente aksjegevinster.³⁶

Den nylig opphevede ”tre prosentregelen” hadde sitt motstykke i særregelen om fradrag i sktl. § 6-24 som gjør unntak fra hovedregelen om at fradrag bare gis for kostnader knyttet til skattepliktig inntekt, jfr. § 6-1. Unntaket ble innført blant annet som en følge av de

³³ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 61 punkt 6.5.2.5.

³⁴ Opphevet for aksjegevinster fra og med inntektsåret 2012, jfr. Prop.1 LS (2011-2012) punkt 14.3.1 og Innst.4 L (2011-2012) punkt 9.1.

³⁵ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 52.

³⁶ Meld.St.11 (2010-2011) s. 105.

praktiske problemene med å skille ut kostnadene som har tilknytning til skattefrie inntekter.³⁷ I følge sktl. § 6-24 (2) gjelder fradrag retten imidlertid ikke utgifter knyttet til ervervet eller realisasjonen av aksjene. Dette er kostnader som er aktiveringspliktig for aksjonærer utenfor fritaksmetoden, og som dermed vil komme til fradrag i form av avskrivninger ved føring av gevinst- og tapskonto, jfr. sktl. §§ 14-40 flg.

2.2.3 Forholdet mellom avskrivning og periodisering av gevinst og tap

Selgers brutto skattefordel ved aksjesalg står normalt som en direkte motsetning til kjøpers tilsvarende skatteulempe. Finansdepartementet uttalte derfor under lovforberedelsen at det normalt ikke vil fremstå som åpenbart hvilken transaksjonsform som er den mest riktige.³⁸

I praksis vil en rekke andre forhold enn de skattemessige normalt spille inn. Valg av transaksjonsform må avgjøres helt konkret under hensyn til blant annet selskapsrettslige, kontraktsrettslige og offentligrettslige regler.³⁹ Etter innføringen av fritaksmetoden er det imidlertid ikke tvilsomt at skatteelementet har sentral plass i salgsforberedelsesprosessen. I det følgende vil fremstillingen behandle de skatterettslige konsekvensene ved valg av transaksjonsform som følge av reglene om avskrivning og periodisering av tap og gevinst.

Grunnen til at kjøper i en gevinstsituasjon normalt ikke vil være tjent med et aksjesalg er at avskrivningsgrunnlaget ikke oppjusteres av vederlaget, og avskrivning er uaktuelt ettersom aksjer ikke verdiforringes, se straks nedenfor. Den skattefordel selger oppnår ved aksjesalg er imidlertid normalt større enn ulempen for kjøper ettersom transaksjonsformen i praksis benyttes ved salg av betydelige formuesgoder. I hovedtrekk vil dermed partenes totale netto skattefordel variere avhengig av om det overføres formuesgoder som ikke kan avskrives, eller som avskrives med satser som mer eller mindre utjevner selgers skattefordel.

³⁷ Ibid. s. 63 punkt 6.5.3.3. Se også Ot.prp.nr.1 (2005-2006) s. 63 punkt 15.3.

³⁸ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 75 punkt 6.5.6.1. Verdsettelsen av selskapets formuesgoder vil også kunne være ulik ved aksjesalg og salg av innmat, se PricewaterhouseCoopers (2009) for fast eiendom.

³⁹ Zimmer & Bahr (2010) s. 652.

Driftsmidler som ikke kan avskrives, blant annet de fleste faste eiendommer, vil for partene ved salg av aksjer innebære en skattefordel tilsvarende skattefritaket for selger. For driftsmidler som skal aktiveres, og dermed komme til fradrag i form av avskrivninger, vil skattefordelen være forskjellig avhengig av hvilken type formuesgode som overdras.

Fradrag for avskrivninger gis for varige og betydelige driftsmidler som verdiforringes ved slit eller elde, jfr. sktl. § 6-10. Hvordan avskrivningene skal periodiseres, reguleres av bestemmelsene i §§ 14-40 flg. Hovedregelen er at fysiske driftsmidler og ervervet goodwill skal avskrives etter saldosystemet, jfr. § 14-40 (1), det vil si føres inn på gevinst- og tapskonto, jfr. § 14-45. Dette gjelder også i utgangspunktet driftsmidler som ikke kan saldoføres, men som avskrives lineært, jfr. §§ 14-50 og 18-6.

Hvilket avskrivningsgrunnlag driftsmidlet skal føres på konto med, avhenger av hvilken avskrivningsgruppe driftsmidlet hører til, jfr. § 14-41 (1) og § 14-43 (1). Avskrivningsgruppene a til d omfatter blant annet kontormaskiner, inventar, diverse kjøretøyer og ervervet goodwill. For disse driftsmidler skjer avskrivningen under ett, og med en avskrivningssats på 20 til 30 prosent, jfr. § 14-41 (4) og § 14-43 (1). Ettersom kjøpers reduksjon i avskrivningsgrunnlaget i disse tilfellene mer eller mindre vil tilsvare satsen for selgers inntektsføring av gevinst, vil partenes totale skattebesparelse ofte medføre at de ikke er tjent med at formuesgodet selges i form av aksjer.⁴⁰

Ved anvendelsen av gjennomskjæringssynspunkter ved fisjon med etterfølgende aksjesalg vil det være av stor rettslig betydning hvilken netto skattebesparelse selskapet faktisk oppnår.⁴¹ Ettersom kjøper ikke får oppjustert sitt avskrivningsgrunnlag, vil vederlaget normalt reflektere det virkelige nettoprovenyet som ligger i selskapets valg av transaksjonsform. Presumtivt vil dermed aksjesalg fremfor salg av innmat med høy avskrivningssats også være motivert av en rekke ikke-skattemessige og forretningsmessige virkninger.⁴²

⁴⁰ Slik det påpekes i Innst.S.nr. 232 (2003-2004) punkt 8.1.2.3.

⁴¹ Se avsnitt 3.2 og 4.5 nedenfor.

⁴² Se avsnitt 4.4 og 4.5 nedenfor.

Avskrivningsgruppene e til j omfatter de mer betydelige driftsmidlene som fly, bygg og anlegg. Avskrivningen skjer her individuelt for hvert driftsmiddel, og med en avskrivnings-sats på 2 til 14 prosent, jfr. § 14-41 (3) og § 14-43 (1). Inntektsføring skjer med minst 20 prosent årlig, og tap med inntil 20 prosent, jfr. § 14-45 (4). Ettersom kjøpers reduksjon i avskrivningsgrunnlaget i stor grad vil oppveies av selgers skattefritak, vil det derfor normalt være gunstig å overdra slike driftsmidler i form av aksjer. I praksis utjevnes differansen mellom virkelig verdi og skattemessig verdi ved at kjøper får et estimert ulempefradrag i den konkrete kjøpesummen.⁴³

3 Hovedtrekkene i gjennomskjæringsregelen

3.1 Innledende bemerkninger

Omgåelse av rettsregler har vært viet større oppmerksomhet i skatteretten enn på noe annet rettsområde. Dette er naturlig når man ser hen til den økonomiske betydningen skattene har for det offentlige og private.⁴⁴ Uakseptable tilpasninger ved fisjon med skattefritt aksjesalg under fritaksmetoden vil for eksempel kunne medføre betydelige skattebesparelser for skattyter, og dermed også et tilsvarende provenytnap for det offentlige.

Karakteristisk for de fleste omgåelsessaker er at skattyter har utnyttet en privatrettslig form i den hensikt å oppnå en skattefordel som ikke er i overensstemmelse med lovgivningens formål og system.⁴⁵ De valgmuligheter avtalefriheten gir skattyter innebærer at det normalt vil være en kontinuerlig vekselvirkning mellom privatrettslige og skatterettslige regler, og det er i grunn disse valgmulighetene som gjør det nødvendig med omgåelsesbetraktninger.

⁴³ Zimmer & Bahr (2010) s. 317 i petit. I BFU 05/05 ble kjøpesummen redusert med ca. 4 pst som følge av ulempe for kjøper, se Slåtta (2005) s. 135 note 16. På PWCs årlige skatt- og avgiftsdag 2009 ble det antatt at differansen mellom virkelig og skattemessig verdi for fast eiendom ligger på ca. 5-9 pst.

⁴⁴ Zimmer (2009a) s. 60.

⁴⁵ Ibid. s. 61.

I omgåelsessaker er bruk av aksjeselskaper og tilpasning til kapitalbeskatningsregler av de vanligste innretninger i praksis.⁴⁶ Presumtivt vil dermed tilpasninger til fritaksmetoden i form av fisjon og aksjesalg, etter all sannsynlighet, få en sentral plass i omgåelseslæren. På den annen side kan det ikke forventes at mange av sakene faktisk havner i rettssystemet.⁴⁷

Rettsordenen har i stor grad akseptert at skattyter innretter seg på en måte som gjør skattebyrden minst mulig, og som hovedregel anses slik skatteplanlegging helt legitimt.⁴⁸ På den annen side er det helt klart at det må trekkes en grense for hvor langt skattyter kan utnytte avtalefriheten med skattereduksjon for øye. Gjennomskjæringsregelen, slik den er utformet i Høyesterett, er da ment å ramme den uakseptable omgåelse. Med *omgåelse* siktes det i denne sammenheng til rettsforhold med begrenset egenverdi utover skattebesparelsen som innebærer en skattefordel i strid med lovens formål og system.⁴⁹

Fremstillingen vil i det følgende se nærmere på hovedtrekkene i gjennomskjæringsregelen slik den har utviklet seg i Høyesterett og juridisk teori de senere år. Regelens rettsgrunnlag er først og fremst en lang rekke høyesterettsdommer. Innholdet i regelen beror derfor i stor grad på hva som kan utledes av denne praksis. Den senere rettsutviklingen har gått fra et krav om egenverdi og en illojalitetsvurdering til en doktrine bestående av et grunnvilkår og en totalvurdering.⁵⁰ Mye kan nok imidlertid tyde på at Høyesterett ikke har implisert noen realitetsendring med den nye formuleringen. En terminologisk klargjøring, eller forsøk på sådan, kan sies å ha ligget i kortene.⁵¹

⁴⁶ Banoun (2004) s. 56.

⁴⁷ Gjennomskjæringsregelens skjønnsmessige fragmenter gjør at utfallet i saken normalt fremstår som usikkert, noe som normalt vil innebære en betydelig risiko for selskapet.

⁴⁸ Zimmer & Bahr (2010) s. 53. Se også Lignings-ABC (2011) s. 1210 punkt 5.2.

⁴⁹ Banoun (2003) s. 15.

⁵⁰ Doktrinen ble presentert i Rt 1999 s. 946 *ABB* og fikk tilslutning i Rt 1999 s. 1437 *Øverbye* og Rt 2000 s. 1865 *Nygård*. Dagens formulering startet i Rt 2002 s. 456 *Hydro Canada*, som fikk tilslutning i Rt 2004 s. 1331 *Aker Maritime*. Etter tre dommer høsten 2006: Rt 2006 s. 1062 *Fauske*, Rt 2006 s. 1199 *Nagell* og Rt 2006 s. 1232 *Telenor*, festnet Høyesterett seg ved formuleringen i Telenor-dommen.

⁵¹ Se avsnitt 3.2 nedenfor.

3.2 Et grunnvilkår og en totalvurdering

3.2.1 Generelt

Høyesterett formulerte i Rt 2006 s. 1232 *Telenor* og senere i Rt 2007 s. 209 *Hex*, doktrinen om et grunnvilkår og en totalvurdering, en formulering som er gjengitt ordrett i senere høyesterettsavgjørelser.⁵² I *Hex*-dommen ble vilkårene formulert slik i avsnitt 39:

”Den ulovfestede gjennomskjæringsregel...består – slik den er utviklet i høyesterettsavgjørelser i de senere år – av et grunnvilkår og en totalvurdering. Grunnvilkåret går ut på at det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt. Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder den forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen...”

Etter at Høyesterett i både Rt 2008 s. 1510 *Reitan* og Rt 2008 s. 1537 *Conoco* stadfestet sin tidligere formulering, kan man med rimelig sikkerhet anse gjennomskjæringsregelens innhold som bestående av et grunnvilkår og en totalvurdering.⁵³ Formuleringen har dermed tilsynelatende – tross sin ordrikhet – fått generell oppslutning i Høyesterett.

Dermed må to kumulative vilkår være oppfylt for at skattyters disposisjon skal kunne gjennomskjæres. For det første må skattyters hovedsakelige formål med disposisjonen ha vært å spare skatt, se avsnitt 3.2.2. Derneft må det ut fra en konkret helhetsvurdering av disposisjonens virkninger, skattyters formål og omstendighetene for øvrig fremstå som formålsstridig å legge disposisjonen til grunn for beskatningen, se avsnitt 3.2.3.

⁵² Se blant annet Rt 2008 s. 1510 *Reitan* og Rt 2008 s. 1537 *Conoco Phillips*.

⁵³ Lundeland (2009) s. 59, Zimmer (2009a) s. 64, Zimmer & Bahr (2010) s. 54 samt Jensen (2009) s. 68. Se også Lignings-ABC 2011 s. 1209-1210 punkt 5.2.

3.2.2 Grunnvilkåret om skattemessig motivasjon

Grunnvilkåret innebærer at skattebesparelsen må fremstå som det hovedsakelige formål med disposisjonen. Normalt er det ikke omtvistet at skattyter har innrettet seg med skattebesparelsen for øyet, men vilkåret, slik det er formulert i Høyesterett, gir likevel opphav til en rekke tolkningsspørsmål.⁵⁴ De generelle drøftelsene danner grunnlag for fremstillingens spesielle del i kapittel 4, og vil formentlig ha dette for øyet. En uttømmende redegjørelse faller utenfor rammene for denne fremstillingen.

Først og fremst har det vært omstridt hvorvidt vurderingstemaet må undergis en subjektiv eller objektiv vurdering. Nyere høyesterettsdommer kaster lys over hvordan grunnvilkåret er å forstå etter gjeldende rett.

I Høyesteretts prejudikat på dette punkt, Telenor-dommen, hadde staten anført at skattyters formål måtte vurderes ut fra transaksjonens faktiske virkninger.⁵⁵ For at skattyters påberopte motiv for disposisjonen skulle tas i betraktning, måtte de i følge staten objektivt sett være egnet til å transaksjonen et forretningsmessig anstrøk. Høyesterett var ikke enig i dette, og uttalte: ”I forhold til grunnvilkåret for gjennomskjæring er det avgjørende hva skattyteren må antas å ha lagt vekt på”.⁵⁶

I etterkant av Telenor-dommen rettet blant annet Zimmer inngående kritikk mot Høyesteretts subjektive tilnærming, og konkluderte med at formuleringen ikke var sterkere etablert enn at det var mulig å vende tilbake til en mer objektiv form av et eventuelt grunnvilkår.⁵⁷ Gjems-Onstad og Syversen argumenterte i det vesentlige i samme retning.⁵⁸ Kritikken må i en viss grad ses på bakgrunn av at kritikerne på dette tidspunkt neppe mente at Høyesteretts nye formulering hadde rettskildedekning i tidligere høyesterettspraksis.

⁵⁴ Slik også Zimmer (2009a) s. 64.

⁵⁵ Rt 2006 s. 1232 (22); slik Høyesterett i Rt 1963 s. 478 *Siraco*.

⁵⁶ Rt 2006 s. 1232 (50).

⁵⁷ Zimmer (2007) s. 12.

⁵⁸ Se Gjems-Onstad (2008) s. 1104 og Syversen (2007) s. 490.

Etter at Høyesterett i både Rt 2007 s. 209 *Hex*, Rt 2008 s. 1510 *Reitan* og Rt 2008 s. 1537 *Conoco*, til tross for kritikken i teorien, holdt seg til oppfatningen i Telenor-dommen må det anses som sikker rett at grunnvilkåret refererer seg til skattyters subjektive formål, og ikke en objektiv vurdering av hva en skattyter i en tilsvarende situasjon ville vektlagt.⁵⁹

Det er imidlertid naturlig nok bare personlige skattytere som kan ha et subjektivt motiv. Ved omgåelse ved fisjon med etterfølgende aksjesalg, blir det da avgjørende hva de respektive personer som handler på vegne av selskapet, må antas å ha lagt vekt på.⁶⁰

Ved det subjektive vurderingstema gir Høyesterett i utgangspunktet anvisning på en alminnelig bevisvurdering hvor flere forhold nødvendigvis må tas i betraktning. I *Hex*-dommen uttaler førstvoterende om vurderingen:

”Det er etter dette et nødvendig vilkår for gjennomskjæring at skattebesparelse fremstår som den klart viktigste motivasjonsfaktor for disposisjonen. Ved avgjørelsen av om skattebesparelse fremstår som den klart viktigste motivasjonsfaktor, må det tas utgangspunkt i de samlede virkninger av disposisjonen. Den skatterettslige virkning må sammenholdes med andre virkninger. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, må den skatterettslige virkning fremstå som den klart viktigste motivasjonsfaktor for skattyter.”⁶¹

Høyesterett angir her at skattemotivet, det hovedsakelige formål med disposisjonen, må fremstå som den ”klart viktigste” motivasjonsfaktor for skattyter. I så henseende må det tas ”utgangspunkt” i disposisjonens samlede virkninger. Formulering innebærer at de faktiske virkningene ikke danner mer enn et utgangspunkt for bevisvurderingen, og har dermed tilsynelatende en underordnet betydning i forhold til de øvrige bevisene i saken.⁶²

⁵⁹ Slik også Zimmer (2009a) s. 64, Zimmer & Bahr (2010) s. 54 samt Jensen (2009) s. 68.

⁶⁰ Se avsnitt 4.5 nedenfor.

⁶¹ Rt 2007 s. 209 (41).

⁶² Slik Zimmer (2008) s. 317.

Uttalelsen medfører således at det subjektive vurderingstemaet underlegges en objektiv bevisvurdering på bakgrunn av en samlet bedømmelse av opplysningene i saken.⁶³ Som ellers i skatteretten, er det tradisjon for at subjektive kriterier objektiviseres på denne måten.⁶⁴ Ved fisjon med etterfølgende aksjesalg må eksempelvis vitneprov fra styremedlemmer være relevant for å belyse selskapets subjektive motiv.

Bevisverdien av skattyters anførte formål avhenger av en rekke konkrete forhold. Retten står i utgangspunktet overfor en fri bevisvurdering. Under henvisning til premissene i Telenor-dommen fremholdt Høyesterett imidlertid som et utgangspunkt i Hex-dommen at:

”...den begrunnelse skattyteren har gitt for disposisjonen,[ikke] uten videre skal legges til grunn. Hva som har vært den viktigste motivasjonsfaktor, må avgjøres ut fra en samlet vurdering av de opplysninger som foreligger i saken. Dersom den dominerende virkning av disposisjonen er at skattyteren sparer skatt, og denne skattebesparelse er av noe omfang, er det en sterk presumsjon for at denne har vært den viktigste motivasjonsfaktor. I slike tilfeller må det være opp til skattyteren å godtgjøre at skattebesparelsen likevel ikke har vært den viktigste motivasjonsfaktor for ham.”⁶⁵

Dersom disposisjonen faktisk medfører en ikke-ubetydelig skattebesparelse, innebærer Høyesteretts uttrykksmåte dermed at skattyter har bevisbyrden for at det hovedsakelige formål med disposisjonen *ikke* har vært å spare skatt.⁶⁶ Hvis det er anført forretningsmessige formål som ikke realiserer seg i konstaterbare virkninger, må skattyter også føre bevis for at transaksjonen har en forretningsmessig egenverdi av et visst minimum.

⁶³ Rt 2006 s. 1232 *Telenor* (51), jfr. Rt 2007 s. 209 *Hex* (43). Samme resultat kan nok også utledes av prinsippet om fri bevisføring i tvl. § 21-2(1).

⁶⁴ Se blant annet Rt 1968 s. 58 *Asdahl*. Se også Zimmer (2007) s. 6 og Folkvord (2006) s. 413.

⁶⁵ Rt 2007 s. 209 (43).

⁶⁶ I realiteten innebærer uttalelsen at skattyter har en falsk bevisbyrde, jfr. også Syversen (2007) s. 481. Folkvord (2006) s. 414 taler mer treffende om plassering av bevisføringsbyrden.

3.2.3 Totalvurdering

At selskapets disposisjon er overveiende skattemessig motivert, er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. I tillegg kreves at disposisjonen etter en konkret totalvurdering fremstår som stridende mot skattereglenes formål. Høyesterett har selv angitt rammene for vurderingen, og innenfor denne vil de fleste momenter kunne være relevant.

Vurderingen må angivelig skje på bakgrunn av en samlet bedømmelse av disposisjonens virkninger (herunder den forretningsmessige egenverdi), skattyters subjektive formål og omstendighetene for øvrig.⁶⁷ Det kan i dag ikke anses tvilsomt at denne totalvurderingen må skje på objektivt grunnlag.⁶⁸

Høyesteretts formulering i Telenor-dommen og i senere høyesterettsdommer medfører at det ikke lenger eksplisitt skal reises spørsmål om disposisjonen er illojal, et uttrykk som er egnet til å villed. Illojalitet kan gi signaler om at det må foreligge klanderverdige forhold hos skattyter.⁶⁹ En slik forståelse har åpenbart ikke rettskildedekning i Høyesterett.⁷⁰ Slik sett er Høyesteretts nye formulering etter min mening et terminologisk fremskritt.

Først og fremst gir formålsvurderingen anvisning på en bedømmelse av disposisjonens virkninger, herunder den forretningsmessige egenverdi. Slik vurderingstemaet har vært oppstilt av Høyesterett i blant annet Rt 2007 s. 209 *Hex*, må man kartlegge og identifisere de samlede skattemessige og ikke-skattemessige virkningene av disposisjonen.⁷¹ Dernest blir det prinsipielle spørsmål om disposisjonen kan anses å ha ikke-skattemessige virkninger ("forretningsmessig egenverdi") av et visst minimum utover skattebesparelsen.

⁶⁷ Rt 2006 s. 1232 *Telenor* (47), Rt 2007 s. 209 *Hex* (39) og Rt 2008 s. 1510 *Reitan* (59).

⁶⁸ Se blant annet Rt 1999 s. 946 *ABB* og Rt 2004 s. 1331 *Aker Maritime*.

⁶⁹ Slik også Zimmer & Bahr (2010) s. 55 og Banoun (2003) s. 330.

⁷⁰ Rt 1999 s. 946 *ABB*. Fra avsnitt 53: "lojalitetsvurderingen må foretas...uavhengig av partenes subjektive forhold [min uth.]".

⁷¹ Grensen mellom skattemessige og ikke-skattemessige virkninger kan undertiden være vanskelig å trekke, jfr. for eksempel Rt 2002 s. 456 *Hydro Canada*.

Hvilke krav som stilles til forretningsmessig egenverdi, avhenger naturlig nok av en rekke faktorer, og vektleggingen må vurderes konkret i den enkelte sak. På generell basis er det likevel som et utgangspunkt antatt at forretningsmessige virkninger vil ha vesentlig vekt ved vurderingen når de overstiger et visst minimum.⁷² Det kreves ikke at egenverdien er det vesentlige med disposisjonen, eller tilnærmelsesvis like viktig som skattebesparelsen.⁷³

Begrepet ”forretningsmessig egenverdi” refererer seg språklig sett til virkninger som oppfattes som gunstige for skattyter. I utgangspunktet vil utilsiktede virkninger da ikke være relevant i totalvurderingen. Dette fordi ulemper normalt vil styrke skattemotivet.⁷⁴ På den annen side vil også utilsiktede ulemper unektelig bidra til å gi selskapets disposisjon et forretningsmessig anstrøk.⁷⁵ Gjeldende rett synes da også å bygge på den oppfatning at også negative utilsiktede virkninger har relevans i totalvurderingen.⁷⁶ Imidlertid må skattyters tilsiktede virkninger i utgangspunktet tillegges større vekt.⁷⁷

Etter egenverdivurderingen skal dernest skattyters motiv holdes opp mot skattereglenes formål. Generelt vil skattyters forretningsmessige formål med transaksjonen presumtvt ha vesentlig vekt ved bedømmelsen av om disposisjonen er formålsstridig. Ettersom grunnvilkåret formentlig er oppfylt ved denne vurderingen, vil alle mulige ikke-skattemessige betraktninger normalt tale mot gjennomskjæring. På den annen side er det ikke tvilsomt at skattemessige motiver som har vært vektlagt under grunnvilkåret, som argument mot gjennomskjæring, også vil ha vesentlig vekt ved formålsvurderingen.⁷⁸

⁷² Zimmer & Bahr (2010) s. 54.

⁷³ Zimmer (2009a) s. 65.

⁷⁴ Folkvord (2009) s. 177.

⁷⁵ Zimmer (2009a) s. 66.

⁷⁶ Jfr. blant annet Rt 1976 s. 1317 *Harnoll*.

⁷⁷ Jfr. blant annet Rt 2002 s. 456 *Hydro Canada* og Rt 2007 s. 209 *Hex*.

⁷⁸ Høyesteretts todelte struktur medfører dermed den inkonsekvens at samme argumenter normalt vil bli vektlagt flere ganger, se Gjems-Onstad (2008) s. 1102. Momenter som taler for gjennomskjæring under grunnvilkåret vil også kunne tale imot ved totalvurderingen, jfr. Zimmer (2009b) s. 268-269.

Avslutningsvis i totalvurderingen skal det tas hensyn til omstendighetene for øvrig. Hvilke momenter som kan trekkes inn må vurderes konkret. Noen elementer har imidlertid vært fremhevet oftere i Høyesterett, og fremstillingen vil her se nærmere på hovedtrekkene ved disse. Med mindre det fremgår eksplisitt, vil premissene naturlig ha overføringsverdi til gjennomskjæring ved fisjon med etterfølgende aksjesalg.

Det har vært fremholdt at omgåelsesnormen først og fremst tar sikte på å ramme kunstige og kompliserte arrangementer.⁷⁹ Dette er en naturlig betraktning ettersom slike innretninger presumtivt vil tale for at skattemessige hensyn nødvendigvis må ha fremstått som skattyters hovedsakelige motiv. Kompliserte innretninger vil sjelden ha noen egenverdi i seg selv. På den annen side er det sikker rett at kompleksitet verken er et nødvendig eller tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring.⁸⁰ Likevel tillegges momentet vesentlig vekt i Høyesterett.⁸¹

Det vil likeledes være et viktig argument i vurderingen dersom det anses sannsynliggjort at skattyter kunne oppnådd et tilsvarende resultat på en annen måte som tilsynelatende er uangripelig.⁸² For eksempel i Rt 2008 s. 1510 *Reitan* var Høyesterett enig i at selskapet ”antakelig [kunne] ha kommet i samme posisjon ved å gjennomføre en fisjon”.⁸³

Undertiden fremhever Høyesterett utformingen av den aktuelle skatteregel som argument mot gjennomskjæring.⁸⁴ Tilpasninger til regler som er retts teknisk skarpt avgrenset, og som bevisst er gjort firkantede av lovgiver kan normalt ikke anses som formålsstridig.⁸⁵ Momentet har sammenheng med at gjennomskjæringsregelen er begrunnet i at den skal ramme den uakseptable eller illojale utnyttelse av skattesystemet.

⁷⁹ Zimmer & Bahr (2010) s. 54.

⁸⁰ Banoun (2003) s. 322.

⁸¹ Se for eksempel Rt 1976 s. 1317 *Harnoll*, Rt 2008 s. 1510 *Reitan* og Rt 2008 s. 1537 *Conoco*.

⁸² Zimmer (2009a) s. 69 og Utv 2008-1594 *Friis & Friis*.

⁸³ Rt 2008 s. 1510 (61).

⁸⁴ Se Zimmer (2009a) s. 68.

⁸⁵ Se for eksempel Rt 1998 s. 1779 *INA* og Rt 2008 s. 1537 *Conoco*.

Det har vært anført at fritaksmetodens regler er skjematiske og sjablongmessige, samtidig som lovgiver bevisst la opp til en forskjellsbehandling ved salg av aksjer og salg av innmat.⁸⁶ Etter min mening kan dette tale for en noe liberal gjennomskjæringspraksis.⁸⁷

En rekke andre momenter enn de som er fremhevet her vil normalt inngå i den konkrete totalvurderingen. Det er imidlertid verken mulig eller formålstjenlig å skulle gi noen uttømmende redegjørelse for disse på generelt grunnlag. Hvilke momenter som er relevant må vurderes ut fra alminnelige rettskildemessige saklighetskriterier, i stor grad styrt av rettsanvenders intuitive oppfatninger, og på bakgrunn av gjennomskjæringsregelens formål og begrunnelse. Ved anvendelse av gjennomskjæringssynspunkter ved fisjon og aksjesalg fremtrer en rekke spørsmål som fremstillingen vil se nærmere på i det følgende.

4 Gjennomskjæring ved fisjon med etterfølgende aksjesalg

4.1 Innledende bemerkninger

4.1.1 Generelt

Fremstillingen har hittil i stor grad hatt en generell tilnærming med et visst overordnet perspektiv. Avhandlingen vil i denne spesielle delen, på bakgrunn av en kritisk analyse av det skatterettslige rettskildematerialet, redegjøre for den nærmere grensen mellom legitim skatteplanlegging og uakseptabel omgåelse ved fisjon med etterfølgende aksjesalg.

Oppsettet nødvendiggjør i en viss utstrekning at det henvises til fremstillingen foran. Noen gjentakelser er heller ikke til å unngå, men krysslesing blir på denne måten ikke nødvendig. Fremstillingen pretenderer for øvrig på ingen måte å skulle gi noen uttømmende redegjørelse for de problemstillingene temaet reiser.

⁸⁶ For eksempel PricewaterhouseCoopers (2009) s. 27.

⁸⁷ Slik også Grydeland og Lorentzen (2007) punkt 6.2.

4.1.2 Forholdet til gjennomskjæringsregelen

Gjennomskjæringsregelen er generell i sin utforming, og i prinsippet derfor aktuell for alle typer privatrettslige innretninger som medfører at det ikke utløses beskatning, eller som reduserer skattebyrden. De hensyn som ligger til grunn for regelen, gir dermed grunnlag for å operere med en alminnelig gjennomskjæringsregel av stor generell rekkevidde.

Forholdet til gjennomskjæringsregelen ble utførlig drøftet i forarbeidene ved lovfestingen fisjonsskattereglene, og ved innføringen av fritaksmetoden. Finansdepartementet påpekte i lovforarbeidene til fisjonsskattereglene at det prinsipielle utgangspunkt er at skattereglene ikke skal motvirke rasjonelle omorganiseringer av det selskapsrettslige rammeverket rundt virksomheter.⁸⁸ Videre ble det fremhevet at skattefritaket må suppleres av den ulovfestede skattemessige gjennomskjæringsregelen, og at den nærmere avgrensningen må skje ut fra praktiske hensyn og for å hindre misbruk.⁸⁹

Under lovforberedelsen ved innføringen av fritaksmetoden ble det allerede ved lanseringen i skattemeldingen sett på mulighetene for tilpasning, og forholdet til gjennomskjæringsregelen.⁹⁰ Departementet signaliserte også at Regjeringen ville vurdere nærmere om det er grunnlag for å innføre særskilte regler, men fremmet ingen konkrete forslag om lovfesting. Reglene om umiddelbar skattefrihet ved fisjon ble også foreslått videreført i gjeldende rett etter innføringen av fritaksmetoden.⁹¹

Finanskomiteen uttrykte også i kommentaren til nevnte Stortingsmelding at den fant det vanskelig å ta stilling til fritaksmetoden før eventuelle tiltak mot uønskede tilpasninger var utredet.⁹² Komiteen var dermed klar over mulighetene for skattetilpasning. Dette taler for at regelen ble ansett anvendelig ved fisjon med etterfølgende aksjesalg.

⁸⁸ Ot.prp.nr.71(1995-1996) punkt 1.2.

⁸⁹ Ibid s. 22 punkt 2.3.5.1. Tidligere fulgte skattekreditten av doms- og ligningspraksis, se s. 5 punkt 1.1.

⁹⁰ St.meld. 29 (2003-2004) punkt 10.4.3.

⁹¹ Ibid s. 116-117 punkt 10.4.5.4 (ii).

⁹² Innst.S.nr.232 (2003-2004) s. 55-56.

Forholdet til gjennomskjæringsregelen ble også drøftet i forarbeidene til fritaksmetoden.⁹³ Departementet fant det heller ikke hensiktsmessig på dette tidspunkt å fremme konkrete forslag til lovfesting.⁹⁴ Samtidig fremhevet departementet at det ikke var ideelt å basere seg utelukkende på den alminnelige ulovfestede gjennomskjæringsregelen.⁹⁵

Et spesielt tiltak som ble vurdert, var en særbeskatningsregel ved realisasjon av aksjer i de såkalte "single purpose eiendomsselskaper".⁹⁶ Lovforarbeidene til fritaksmetoden trekker derfor etter min mening i retning av at gjennomskjæringssynspunkter kan være særlig aktuelt ved overdragelse av fast eiendom.

Finanskomiteen tok departementets syn til orientering.⁹⁷ Forarbeidenes utførlige drøftelser taler således med tyngde for at det kan være grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring ved fisjon med etterfølgende aksjesalg.

Høyesterett har også slått fast i obiter dictum i Rt 2008 s. 438 *Habberstad*, med henvisning til lovforarbeidene, at gjennomskjæringsregelen kan være aktuell ved skattemotivert fisjon. I dommen hadde selskapet utelukkende utfisjonert en fissionsfordring på det overtakende selskapet stiftet samtidig med fissionsbeslutningen. Omstruktureringen var i utgangspunktet unntatt fra umiddelbar beskatning etter reglene i sktl. kapittel 11.

For Høyesterett var spørsmålet om overføringen av fissionsfordringen likevel utløste gevinstbeskatning for det overdragende selskapet. Gjennomskjæringssynspunkter var ikke henvist til behandling i Høyesterett.⁹⁸ Førstvoterende uttalte likevel i avsnitt 38:

⁹³ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) punkt 6.5.6.

⁹⁴ Ibid s. 79 punkt 6.5.6.5.

⁹⁵ L.c.

⁹⁶ Ibid s. 77 punkt 6.5.6.4 (iii).

⁹⁷ Innst.O. nr.10 (2004-2005) punkt 6.6.2.

⁹⁸ Gjennomskjæringssynspunkter var prosedert for Lagmannsretten, se Utv 2007-1093 *Habberstad*. Anken til Høyesterett ble nektet fremmet for så vidt gjaldt anførselen om gjennomskjæring.

”For fullstendighets skyld tilføyer jeg at den alminnelige ulovfestede skatterettslige gjennomskjæringsregelen er aktuell i fisjonstilfeller – som i andre situasjoner hvor det som utgangspunkt ikke foreligger skatteplikt, jf. blant annet Ot.prp.nr.71 (1995-1996) side 22”.

Likeledes ble skattemotivert fisjon møtt med gjennomskjæring i Borgarting Lagmannsretts dom i Utv 2008-1594 *Friis & Friis*. Selskapet hadde her overført en eiendom til et annet gjennom en transaksjonsrekke med en rettet emisjon og en skjevdelingsfisjon. Lagmannsretten konkluderte med at selskapets transaksjonsrekke hovedsakelig var skattemessig motivert, og at den fremsto som formålsstridig.

I Oslo tingretts dom i Utv 2011-1659 ble det også uttalt at den ulovfestede gjennomskjæringsregelen var anvendelig på selskapets samlede transaksjoner, drop down fisjon med etterfølgende aksjesalg. Tingretten kom imidlertid til at aksjesalget var foretatt uavhengig av selskapets utfisjonering. Det var derfor ikke grunnlag for gjennomskjæring.⁹⁹

Det fremgår dermed klart av både forarbeidene og rettspraksis, og det må utvilsomt anses som sikker rett at den ulovfestede gjennomskjæringsregelen er aktuell ved fisjon med etterfølgende aksjesalg.¹⁰⁰ For fullstendighets skyld nevnes at det også i ligningspraksis er lagt til grunn at det er aktuelt med gjennomskjæring ved fisjon og aksjesalg.¹⁰¹

4.1.3 Rettslig utgangspunkt: Legitim skatteplanlegging

Det prinsipielle utgangspunkt er at aksjeselskaper, på gitte vilkår, kan foreta rasjonelle omstruktureringer uten umiddelbar beskatning for selskapet eller aksjonærene, jfr. sktl. § 11-4. Hvilken beskatning skattyters handlemåte utløser vil imidlertid normalt være et viktig

⁹⁹ Se nærmere omtale av dommen i avsnitt 4.2 nedenfor.

¹⁰⁰ Departementet la også dette til grunn ved skattereforvalueringen i St.meld.11 (2010-2011) punkt 9.3.

¹⁰¹ Lignings-ABC 2011 s. 1214, punkt 5.5.4. Se for eksempel Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelser i BFU 05/05 og 24/08, og Skatteklagenemdas vedtak i SKN-2006-15.

hensyn ved utforming av selskapsstrukturen. Likevel har skattemotiverte fisjoner i stor utstrekning vært ansett som akseptabel skatteplanlegging av Høyesterett.¹⁰²

Derne ble det ved innføringen av fritaksmetoden bevisst, etter grundige overveielser, gjort mulig for selskapsaksjonærer å selge verdier med latent gevinst skattefritt. I likhet med skattemotiverte fisjoner må det således som det prinsipielle utgangspunkt anses som legitim skatteplanlegging dersom selskapet i en gevinstsituasjon overdrar verdier i form av aksjer fremfor salg av innmat, uten at det gjennomføres en forutgående skattefri utfisjonering av salgsobjektet. Slåtta er av den oppfatning at ulovfestet gjennomskjæring i slike tilfeller er utelukket.¹⁰³ Samtidig erkjennes det at lovforarbeidene til fritaksmetoden likevel etterlater seg en viss usikkerhet.¹⁰⁴ I forarbeidene til fritaksmetoden fremkommer følgende:

”I noen tilfelle vil det kunne hevdes at valget av transaksjonsform må anses som hovedsakelig skattemessig motivert og illojalt mot formålet med skattereglene. Det kan da være grunnlag for skattemessig gjennomskjæring”.¹⁰⁵

Det kan dermed neppe helt utelukkes at valg av transaksjonsform i særlige tilfeller kan fremstå som stridende mot fritaksmetodens formål. Etter min mening vil imidlertid salg av aksjer, uten en forutgående fisjon, i en normalsituasjon ikke kunne gjennomskjæres.¹⁰⁶ Den prinsipielle problemstillingen er da om en forutgående utfisjonering av verdier med et etterfølgende skattefritt aksjesalg under fritaksmetoden, sett i sammenheng, kan utløse gevinstbeskatning etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen.

¹⁰² Se for eksempel Rt 1978 s. 1184 *Grecon* og Rt 2008 s. 438 *Habberstad*. Se også Skattedirektoratets uttalelser i BFU 77/04 og 15/05. Slik også Gjems-Onstad (2008) s. 1146.

¹⁰³ Slåtta (2005) s. 148-149 punkt 5; Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 75 punkt 6.5.6.1. Foruten forarbeidene viser Slåtta til de såkalte aksjesalgdommene på 1920-tallet hvor Høyesterett i fem saker anvendte gjennomskjæringsregelen på selskapets valg av transaksjonsform; Banoun (2003) s. 112-124.

¹⁰⁴ L.c.

¹⁰⁵ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) punkt 6.5.6.1.

¹⁰⁶ Slik også Grydeland og Lorentzen (2007) punkt 6.2.

Som nevnt i avsnitt 3.1 ovenfor, er det i utgangspunktet helt akseptabelt å innrette seg slik at skattebyrden blir minst mulig. Som den klare hovedregel anses slik skatteplanlegging helt akseptabel. I Reitan-dommen uttrykte førstvoterende som et utgangspunkt:

”Borgerne har i tilfeller hvor de står overfor valgmuligheter som gir forskjellige skatte- eller avgiftsmessige konsekvenser, ikke plikt til å velge det alternativ som gir høyest skatt eller avgift. Så lenge det alternativ som blir valgt, er reelt og ikke fremstår som forretningsmessig unaturlig, er det fullt lovlig å innrette seg slik at skatten eller avgiften blir lavest mulig.”¹⁰⁷

Høyesteretts generelle premisser har åpenbart rekkevidde utover saksforholdet i Reitan-dommen, og den må utvilsomt også være relevant ved tilpasninger til fritaksmetoden. Gjennomskjæring av selskapets transaksjon kan dermed ikke foretas der selskapet alene velger det alternativ som gir lavest skatt, forutsatt at transaksjonsrekken er reell og naturlig ut fra en forretningsmessig vurdering.¹⁰⁸ Fritaksmetoden la nettopp bevisst opp til en substansiell forskjellsbehandling i gevinstbeskatningen.

Selskapet må naturlig nok kunne innrette seg til det enhver tid gjeldende regelverk, og i samsvar med de retningslinjer som er trukket opp av domstolene.¹⁰⁹ De strenge kravene til gjennomskjæring som er oppstilt i høyesterettspraksis er også i overensstemmelse med fritaksmetodens og fisjonsskattereglenes lovforarbeider.

Departementet var under lovforberedelsen ved fritaksmetoden klar over at skattefritaket ville medføre en betydelig terskeffekt, og innebære sterke incentiver til skattetilpasning. Disse utilsiktede virkningene var imidlertid ikke så dominerende at det ble etablert en lavere terskel for gjennomskjæring, eller innført særskilte tiltak. Etter å ha slått fast at

¹⁰⁷ Rt 2008 s. 1510 (62).

¹⁰⁸ Se også Rt 1976 s. 1317 *Harnoll* og Rt 2008 s. 1537 *Conoco Philips*.

¹⁰⁹ Stabilitet og forutsigbarhet var et av hovedmålene bak skattereformen; St.meld.nr.29 (2003-2004) s. 47. Etter min mening taler dette for en liberal og tilbakeholden gjennomskjæringspraksis.

gjennomskjæring kan være aktuelt i særlige tilfeller, presiserte departementet, slik som førstvoterende i Reitan-dommen, at aktørene imidlertid ikke har plikt til å betale mer skatt enn nødvendig.¹¹⁰ Videre ble det rettslige utgangspunktet beskrevet slik:

”I utgangspunktet er det legitimt å etablere en selskapsstruktur hvor morselskapet er et holdingselskap og betydelige eiendeler legges i datterselskaper. Ved valget mellom salg av aksjer og salg av eiendeler vil som regel flere hensyn enn de skattemessige kunne spille inn. I mange tilfeller er det heller ikke åpenbart hvilken form som er ”mest riktig” for den aktuelle transaksjonen. I praksis vil det derfor ofte være vanskelig for likningsmyndighetene å nå fram med gjennomskjærings-synspunkter i denne type saker”.¹¹¹

Som den klare hovedregel vil etablerte selskapsstrukturer dermed ikke kunne møtes med gjennomskjæringssynspunkter. Formentlig vil salg av samtlige aksjer gjennom et etablert datterselskap, som ledd i en større holdingsstruktur, bare sjelden kunne karakteriseres som stridende mot fritaksmetodens og/ eller fisjonsskattereglenes formål.¹¹²

Departementet påpekte også i lovforarbeidene til fisjonsskattereglene at vilkårene for gjennomskjæring ved skattemotiverte fisjoner må tolkes strengt.¹¹³ Dette på bakgrunn av at gjennomskjæring er et inngripende virkemiddel, da resultatet vil være et skattemessig generaloppgjør der alle overførte aktiva anses realisert, og deretter skutt inn til markedsverdi i de overtakende (utfisjonerte) selskaper.¹¹⁴

Presiseringen av det rettslige utgangspunktet i lovforarbeidene må ses på bakgrunn av at en fisjon uten umiddelbar tilknytning til et nært forestående salg av aksjer i datterselskapet

¹¹⁰ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) punkt 6.5.6.1.

¹¹¹ L.c.

¹¹² Slik også Slåtta (2005) s. 144 punkt 3.3.7.

¹¹³ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 30 punkt 2.3.5.4.

¹¹⁴ L.c.

normalt vil være motivert av andre ikke-skattemessige virkninger. Det er nettopp slike hensiktsmessige og rasjonelle omorganiseringer fisjonsskattereglene skal legge til rette for.¹¹⁵ Det fremheves videre at realisasjon som innvinningskriterium kan gi uheldige vridninger, og at vilkårene derfor må tolkes strengt.¹¹⁶

I utgangspunktet vil det dermed ikke være aktuelt med gjennomskjæring hvor selskapet på fisjonsbeslutnings- eller gjennomføringstidspunktet ikke har igangsatt en salgsprosess med en eller flere konkrete kjøpere.¹¹⁷ Motsetningsvis vil det kunne være mer nærliggende med gjennomskjæring der selskapet i forkant av fisjonen, under forutsetning av at beslutningen blir vedtatt i generalforsamling, igangsetter konkrete salgsforberedelser med kjøper.¹¹⁸

Grydeland og Lorentzen tar til ordet for at det må være helt legitimt at selskapet som ledd i sin ordinære drift, uten at en har igangsatt en konkret salgsprosess, for eksempel i) skiller ut fast eiendom i egne eiendomsselskaper, mens en beholder driften i det overdragende selskapet, ii) utfisjonerer ulike virksomhetsområder i egne selskaper, eller iii) skiller ut eiendommer eller andre formuesgoder (fortrinnsvis større verdier) til hvert sitt selskap.¹¹⁹ Etter min mening vil slike omstruktureringer normalt måtte anses som akseptabelt.

Som fremhevet av departementet under evalueringen av skattereformen, vil det kunne være mer nærliggende med gjennomskjæring der fisjonen skjer i umiddelbar sammenheng med et etterfølgende aksjesalg.¹²⁰ Typisk for disse tilfeller er for eksempel at selskapet blir forelagt et attraktivt tilbud om kjøp av formuesgoder som ligger innlåst i selskapet. For å kunne oppnå et skatteoptimalt salg, foretar selskapet en forutgående utfisjoning.¹²¹

¹¹⁵ Se avsnitt 4.3 nedenfor om formålet bak fritaksmetoden og fisjonsskattereglene.

¹¹⁶ Op.cit. s. 28.

¹¹⁷ Se for eksempel BFU 67/05, 36/06, 29/07 og 27/10. Slik også PricewaterhouseCoopers (2009b) s. 26.

¹¹⁸ Se for eksempel BFU 05/05.

¹¹⁹ Grydeland og Lorentzen (2007) punkt 6.2.

¹²⁰ Meld.St.11 (2010-2011) punkt 9.3.

¹²¹ I BFU 05/05 hadde selskapet opplyst i prospektet at en alternativt kunne kjøpe aksjer etter fisjon.

De tvilsomme tilfellene vil derfor være hvor selskapet har inngått bindende avtale om salg av formuesgoder som sådan, eller påbegynt forhandlinger med en konkret kjøper før, samtidig eller i kort tid etter fisjonsbeslutningen eller gjennomføringen.¹²²

Når det gjelder selskapets subjektive formål med disposisjonen, ble dette utførlig drøftet i forarbeidene til fisjonsskattereglene. Departementet presiserte det rettslige utgangspunktet i forhold til grunnvilkåret slik:

”For fusjon og fisjon vil den ulovfestede regel innebære at skattefritak og rett til videreføring av skatteposisjoner ikke gjelder dersom formålet med fusjonen eller fisjonen bare er å spare skatt, eller dette skatteformålet er helt dominerende i forhold til andre, forretningsmessige formål. Gjennomskjæringsregelen vil imidlertid vanskelig kunne anvendes i tilfeller hvor omorganiseringen har en viss egenverdi, selv om skattemotivet er enda større”.¹²³

Videre fremhevet departementet at gjennomskjæringssynspunkter i praksis derfor vil være vanskelig for ligningsmyndighetene å vinne frem med i slike tilfelle.¹²⁴ Blant annet ble det påpekt at skattemotivet ved fisjon må framtre som nær enerådende før det kan anses sikkert at domstolene vil akseptere gjennomskjæring.¹²⁵ Dernest fremhevet departementet at beviskravet til skattemotivet vil være store.¹²⁶ Departementet konkluderte derfor med at gjennomskjæring på grunnlag av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen har vært meget sjelden i fisjonssaker. Dette fordi ligningsmyndighetene normalt ikke kan føre bevis for at skattemotivet er enerådende.¹²⁷

¹²² Slik også PricewaterhouseCoopers (2009b) s. 26 og Gjems-Onstad (2008) s. 1145.

¹²³ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 22.

¹²⁴ Ibid s. 30 punkt 2.3.5.4.

¹²⁵ L.c.

¹²⁶ L.c. Beviskravet omtales nærmere i avsnitt 4.5.3 nedenfor.

¹²⁷ L.c.

4.2 Sammenhengsbetraktninger

4.2.1 Generelt

Ved anvendelse av gjennomskjæringssynspunkter i fisjonstilfellene oppstår innledningsvis spørsmålet om det er transaksjonsrekken som sådan, fisjon med etterfølgende aksjesalg, eller de enkelte ledd i transaksjonen som er gjenstand for vurdering. Det tales det i disse tilfellene ofte om ”sammenhengsbetraktninger”.¹²⁸ Vurderingen knytter seg først og fremst til selskapets subjektive skattemotiv.¹²⁹

Fremstillingen vil i det følgende både se på i hvilke tilfeller det vil kunne være grunnlag for en samlet bedømmelse, og hvordan slike betraktninger i så fall forholder seg til gjennomskjæringsregelen generelt.

4.2.2 Fisjon som ledd i en samlet plan

Høyesterettspraksis gir på gitte vilkår utvilsomt grunnlag for å bedømme hele transaksjonsrekker samlet fremfor de enkelte transaksjonsleddene.¹³⁰ Stikkordsmessig kan betingelsene formuleres som et krav om at utfisjoneringsplanen og det etterfølgende aksjesalget må ha skjedd som en sammenhengende handlingsrekke etter en på forhånd fastsatt plan.¹³¹

I Banouns studie av høyesterettspraksis i omgåelsessaker er det vist til at sammenhengsbetraktninger har vært godtatt ”dersom transaksjonsserien var planlagt, det forelå høy sannsynlighet for gjennomføring og transaksjonsleddene faktisk ble gjennomført raskt”.¹³²

¹²⁸ L.c. Forfatteren benevner tilfellene som *lineære* transaksjoner (i motsetning til *sirkulære* transaksjoner). Ved fisjon med etterfølgende aksjesalg, som uakseptabel omgåelse, har selskapet på fisjonstidspunktet et endelig forretningsmessig mål. Transaksjonsrekken med A-B (utfisjoneringsplanen) og deretter B-C (salg av aksjer i det overtakende selskapet) blir dermed vurdert som A-C (ordinært innmatsalg).

¹²⁹ Banoun (2003) s. 16.

¹³⁰ Se for eksempel Rt 1976 s. 302 *Ragelas*, Rt 1978 s. 60 *Smestad* og Rt 1982 s. 789 *Torkildsen*.

¹³¹ Rt 2002 s. 798 *Nordea* (side 805).

¹³² Banoun (2003) s. 326.

Det påpekes videre at bedømmelsen i hovedsak vil bero på en ”helhetsvurdering av graden av bestemthet, tidsmomentet, risiko og varige virkninger”.¹³³ Dermed blir selskapets salgsforberedelser i forkant av, og i umiddelbar sammenheng med fisjonsbeslutnings- og gjennomføringstidspunktet sentralt.¹³⁴

Dernest må fisjonens egenverdi knyttet til aksjenes risiko og eiertid vurderes. Der selskapet under fisjonsprosessen utelukkende er i forhandlinger med en eller flere konkrete kjøpere, vil sannsynligheten for gjennomføring, og eventuelt tidspunktet for bindende avtale i etterkant av fisjonen være av stor betydning.

Ved bedømmelsen av planleggingsmomentet vil særlig selskapets subjektive momenter være relevant.¹³⁵ I Rt 1994 s. 492 *Railo* (side 498) fremholdt Høyesterett at ”[skattyter] ikke før fusjonen hadde tanker om tidspunktet for eventuelt salg”. Ettersom skattyters etterfølgende aksjesalg var resultat av en ny beslutning, ble det konkludert med at det ikke var grunnlag for en samlet bedømmelse av transaksjonsleddene.

I Utv 2011-1659 (Oslo tingrett) hadde selskapet foretatt en drop down fisjon med etterfølgende aksjesalg. Retten fant det sannsynliggjort at selskapet ikke hadde konkrete planer om salg på fisjonsbeslutnings- eller gjennomføringstidspunktet. Av styrereferatet fremgikk det at selskapet ikke ønsket å ta endelig stilling til salg på fisjonstidspunktet. Det ble dermed ikke funnet grunnlag for å anvende sammenhengsbetraktninger.

Dersom selskapet verken psykologisk eller faktisk har fattet beslutning om salg under fisjonsprosessen vil det derfor ikke være grunnlag for å bedømme transaksjonsrekken som en samlet enhet.¹³⁶ Ved en etterfølgende beslutning om salg av aksjene i datterselskapet vil også tidsmomentet normalt tale mot sammenhengsbetraktninger i slike tilfeller.

¹³³ L.c.

¹³⁴ Se for eksempel BFU 05/05 og 24/08.

¹³⁵ Ibid. s. 237-238.

¹³⁶ Se for eksempel BFU 36/06 og BFU 53/07.

Graden av planlegging knytter seg først og fremst til selskapets salgsforberedelser i forkant av fisjonsbeslutningen.¹³⁷ På den ene siden kreves det ikke at aksjesalget på dette tidspunkt utvilsomt vil bli gjennomført.¹³⁸ Likevel har Høyesterett lagt til grunn at det må kreves en viss grad av sannsynlighet for at det etterfølgende aksjesalget gjennomføres.¹³⁹ I tillegg er det et ubetinget krav om at aksjesalget faktisk gjennomføres, men graden av sannsynlighet på fisjonsbeslutningstidspunktet er av sentral betydning.

Et ytterligere moment vil som nevnt være fisjonens egenverdi knyttet til risiko og eiertid. Dersom det går lang tid mellom fisjongjennomføringen og det etterfølgende aksjesalget vil fisjonen presumtivt ha en viss forretningsmessig egenverdi og økonomisk risiko knyttet til aksjebesittelsen. Sammenhengsbetraktninger vil da neppe være aktuelt.

Tidsmomentet refererer seg til tiden mellom fisjonsbeslutnings- eller gjennomførings-tidspunktet, og tidspunktet for inngåelse av bindende avtale.¹⁴⁰ Vurderingen er langt på vei sammenfallende med egenverdivurderingen som må foretas etter gjennomskjæringsregelen, og den vil neppe kunne vurderes separat.¹⁴¹

Egenverdivurderingen reiser både spørsmål om når bindende avtale om salg kan anses inngått, og i så fall om det i tidsrommet frem til tidspunktet for bindende avtale er knyttet noen reell økonomisk egenverdi til fisjonen.¹⁴² Sentralt i denne sammenheng er om det er knyttet noen reell risiko til aksjebesittelsen for selskapet. Dermed blir det også et spørsmål

¹³⁷ I Skatteklagenemndas vedtak i SKN-2006-15 ble det også lagt vekt på at det i tidsrommet fra beslutning om fisjon til den selskapsrettslig og skattemessig trådte i kraft, var foretatt betydelige konkrete salgsforberedelser (behandling av salg på styremøter, og aktiv markedsføring).

¹³⁸ Jfr. Rt 1993 s. 173 *Phønix*.

¹³⁹ Jfr. Rt 1994 s. 492 *Railo*.

¹⁴⁰ Se for eksempel BFU 67/05.

¹⁴¹ Se nærmere i avsnitt 4.4 nedenfor om transaksjonsrekkens forretningsmessig egenverdi.

¹⁴² Tidspunktet for inngått bindende avtale var tvistetema i SKN-2006-15 grunnet en rekke forbehold i kjøpsavtalen.

om når aksjene i selskapet må anses ”realisert” i skatterettslig forstand.¹⁴³ I Rt 2009 s. 1297 *Hurtigruten AS* uttalte Høyesterett at avgjørende i så henseende er det tidspunkt gevinsten er klarlagt og sikret for selger, og at det ”på avtaletidspunktet ikke kan være noen reell usikkerhet om at avtalen vil bli gjennomført etter sitt innhold”, jfr. dommens avsnitt 37.

4.2.3 Sammenhengsbetraktninger og gjennomskjæringssynspunkter

Der det er grunnlag for sammenhengsbetraktninger, er det relevant å reise spørsmål om det automatisk er grunnlag for gjennomskjæring. Vurderingstemaet er om vilkårene for å bedømme flere transaksjoner samlet i det vesentlige er sammenfallende med betingelsene for ulovfestet gjennomskjæring. Motsetningsvis må det også reises spørsmål om sammenhengsbetraktninger er et nødvendig (tilleggs)vilkår for ulovfestet gjennomskjæring der selskapet selger aksjer skattefritt etter en forutgående omstrukturering.

Hvorvidt det er grunnlag for sammenhengsbetraktninger, vil kunne være avgjørende for selskapets skatteplikt. En omstrukturering med et etterfølgende aksjesalg, uten umiddelbar sammenheng, vil normalt måtte vurderes som to adskilte transaksjoner.¹⁴⁴ Presumtivt vil da fisjonen i forkant av aksjesalget være i overensstemmelse med fisjonsskattereglenes formål. Det er i utgangspunktet helt legitimt å omstrukturere selskapet som ledd i en forberedelsesprosess for salg, selv om fisjonen er skattemessig motivert.¹⁴⁵

Likeledes vil det normalt ikke være grunnlag for gjennomskjæring hvor et avtalt aksjesalg i forkant av fisjonen aldri fullbyrdes. Dette fordi det da naturlig nok ikke vil være grunnlag for sammenhengsbetraktninger.¹⁴⁶ Betingelsene ovenfor må derfor anses nødvendig for at selskapets transaksjonsrekke skal kunne gjennomskjæres.

¹⁴³ I BFU 05/05 burde det etter min mening også vært reist spørsmål om bygården allerede var realisert på fisjonsgjennomføringstidspunktet.

¹⁴⁴ Se avsnitt 4.2.2 ovenfor.

¹⁴⁵ Se for eksempel Rt 1978 s. 1184 *Grecon* og Rt 2008 s. 438 *Habberstad*.

¹⁴⁶ I denne retning Slåtta (2005) s. 145 punkt 3.3.7.

Videre vil det som nevnt i avsnitt 4.1.3 ovenfor etter min mening bare unntaksvis kunne anses som stridende mot fritaksmetodens formål at selskapet selger aksjer fremfor innmat. Lovgiver la nettopp opp til en betydelig skattemessig forskjellsbehandling ved aksjesalg og salg av innmat. Det vil dermed neppe være grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring i disse tilfellene. Det må derfor anses som gjeldende rett at sammenhengsbetraktninger er et nødvendig (tilleggs)vilkår for gjennomskjæring.¹⁴⁷

Der det er grunnlag for sammenhengsbetraktninger, vil selskapets omstrukturering i forkant av aksjesalget derimot normalt måtte anses som en unødvendig omvei mellom selskapet og kjøper.¹⁴⁸ Presumtivt vil dermed betingelsene for gjennomskjæring være oppfylt i disse tilfellene. Vurderingstemaet ved sammenhengsbetraktninger synes derfor i det vesentlige å være sammenfallende med vilkårene for gjennomskjæring ved fisjon og aksjesalg.¹⁴⁹

På den annen side vil en presumsjon om formålsstrid ved sammenhengsbetraktninger kunne komme i uoverensstemmelse med fritaksmetodens hovedformål om å bedre kapitalmobiliteten. Dette fordi en slik betraktning vil kunne føre til at selskaper, i frykt for gjennomskjæring, venter kunstig lenge med å selge i etterkant av en fisjon.¹⁵⁰ Vurderingen etter gjennomskjæringsregelen må uansett skje helt konkret.

Selv om sammenhengsbetraktninger dermed i de fleste tilfeller vil kunne tale for gjennomskjæring, vil ikke en slik betraktning lede til at transaksjonsrekken ubetinget kan gjennomskjæres. I sin analyse av Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse i BFU

¹⁴⁷ Se for eksempel Utv 2011-1659. Se også Slåtta (2005) s. 148-149 punkt 5. I forarbeidene til fritaksmetoden åpnes det imidlertid for at det i særlige tilfeller kan være grunnlag for gjennomskjæring ved valg av transaksjonsform, jfr. Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 75 punkt 6.5.6.1. Etter min mening er det likevel ikke enkelt å se hvilke spesielle situasjoner forarbeidene refererer til.

¹⁴⁸ Se for eksempel Rt 1978 s. 60 *Smestad*, Rt 1982 s. 789 *Torkildsen*, Rt 1994 s. 449 *Gokstad* og Rt 2006 s. 1062 *Fauske*, Gjems-Onstad (2008) s. 1145, Folkvord (2006) s. 427 i petit. Se avsnitt 4.4.3 nedenfor.

¹⁴⁹ Slik også Slåtta (2005) s. 144 punkt 3.3.7 og Utv-2011-1659.

¹⁵⁰ Slik også Dimmen (2007) s. 55 og Slåtta (2005) s. 130.

05/05 tar Slåtta til ordet for at det nettopp ikke er noen automatikk mellom sammenhengsbetraktninger og gjennomskjæring.¹⁵¹ Det påpekes at en fisjon med umiddelbart eller nært forestående aksjesalg også normalt vil ha andre virkninger enn ved salg av innmat.¹⁵²

Etter min mening ses det da bort fra det faktum at fisjonen ut fra en vurdering av risiko, eiertid og økonomisk realitet for øvrig, i de tilfeller domstolene eller ligningsmyndighetene har konkludert med sammenhengsbetraktninger, normalt vil ha liten eller ingen egenverdi utover funksjonen som mellomstasjon for salgsojektet. Presumtivt vil da transaksjonen ikke ha tilstrekkelig grad av egenverdi.

På den annen side kan det ikke utelukkes at slike transaksjonsrekker vil kunne fremstå som rasjonell og hensiktsmessig, til tross for at det er grunnlag for sammenhengsbetraktninger.¹⁵³ Slåtta fremhever også at lignende transaksjonsrekker som i BFU 05/05 ikke alltid kan karakteriseres som illojal, all den tid fritaksmetoden nettopp er ment å legge til rette for skattefrie virksomhetsoverdragelser.¹⁵⁴

4.3 Fritaksmetodens og fisjonsskattereglenes formål

4.3.1 Generelt

Ved vurderingen av om transaksjonsrekken vil være i strid med skattereglenes formål dersom den legges til grunn for beskatningen, må det tas utgangspunkt i formålet med fisjonsskattereglene og fritaksmetoden. Vurderingstemaet er hvorvidt selskapet ved en utfisjonering med etterfølgende aksjesalg vil oppnå en betydelig skattebesparelse som ut fra formålet med fisjonsskattereglene og fritaksmetoden, ikke kan anses tilsiktet av lovgiver, og som det dermed ikke er reelt grunnlag for.

¹⁵¹ Slåtta (2005) s. 144 punkt 3.3.7.

¹⁵² L.c.

¹⁵³ Se for eksempel BFU 74/05, 36/06, 06/08 og 27/10. Også implisitt i BFU 53/07, 28/07 og 29/07.

¹⁵⁴ L.c.

4.3.2 Fritaksmetodens formål

Ved lanseringen av fritaksmetoden i skattemeldingen ble det påpekt som hovedbegrunnelse for skattefrihet at det burde legges betydelig vekt på ønsket om å unngå kjedebeskatning av inntekt i eierkjeder med flere norske selskaper, slik at gevinster ikke skattlegges flere ganger for selskapsaksjonærer.¹⁵⁵

Først og fremst ble det fremhevet at kjedebeskatning vil kunne favorisere virksomhet som er organisert i flate selskapsstrukturer, fremfor konserner med mange ledd av selskaper.¹⁵⁶ Dernest påpekte departementet ønsket om å motvirke kjedebeskatningens incentiver til å organisere virksomhet i underliggende selskap med ubegrenset ansvar.¹⁵⁷

Departementet uttalte også at kjedebeskatning i en viss grad medfører at kapital innenfor selskapssektoren blir innelåst i etablerte selskapsstrukturer, og det vil også kunne forhindre at kapital allokteres slik at selskapet kan drive sin virksomhet med størst mulig overskudd.¹⁵⁸ Det er et mål at beskatningen utformes slik at ressursene kanaliseres dit de gir størst utbytte. Formålet med kapitalmobilitet er nettopp at selskapets verdiskapning skal kunne investeres videre i andre og nye virksomheter, uten at det utløser beskatning for aksjonærene i selskapssektoren. Fritaksmetoden bygger dermed på den forutsetning at selskapets underliggende inntekt er skattlagt, eller vil bli skattlagt på et senere tidspunkt.

Fritaksmetodens formål om å sikre kapitalmobilitet gjelder imidlertid bare på et nærmere avgrenset område innen selskapssektoren. Prinsipielt åpner således ikke fritaksmetodens formål for at også andre eiendeler skal kunne overføres skattefritt.¹⁵⁹ Det kan derfor ikke

¹⁵⁵ St.meld.nr.29 (2003-2004) punkt 10.4.2.1.

¹⁵⁶ L.c. Ved organisering i datterselskaper, fremfor avdelinger, kan selskapet oppnå klarere ansvarsforhold, og legge til rette for en spredning av selskapets risikoeksponering, se Dimmen (2007) s. 9 med videre henvisning til Gjems-Onstad (1999).

¹⁵⁷ L.c.

¹⁵⁸ L.c.

¹⁵⁹ Folkvord (2006) s. 428 note 1301.

anses tvilsomt at en utfisjoning i umiddelbar sammenheng med et etterfølgende aksjesalg, under visse forutsetninger, kan være i strid med fritaksmetodens formål om å bedre kapitalmobiliteten for å hindre konserverings- og innlåsnings effekter.¹⁶⁰

Departementet påpekte også at fritaksmetoden vil føye seg inn i en internasjonal trend på bekostning av godtgjørelsessystemer, samtidig som den, i motsetning til de tidligere RISK- og godtgjørelsesreglene, ikke har noen rettslig usikker side til EØS-avtalens krav om de fire friheter mv.¹⁶¹

Det ble også fremhevet at fritaksmetoden ville medføre administrative og økonomiske besparelser for ligningsmyndighetene, samtidig som selskapene ville få betydelig reduserte etterlevelseskostnader.¹⁶² Fritaksmetoden er i så henseende åpenbart rettsteknisk enklere enn det tidligere RISK- og godtgjørelsessystemet.

4.3.3 Formålet bak reglene om fisjon uten umiddelbare skattemessige virkninger

Næringslivets stadig økende krav til lønnsomhet og effektivitet gjør det helt nødvendig med en selskapsstruktur som sikrer maksimal avkastning på selskapets forskjellige innsatsfaktorer.¹⁶³ Et sentralt virkemiddel i så henseende er å tilstrebe en optimal organisasjonsform som sikrer en mest mulig effektiv ressursutnyttelse i selskapet.¹⁶⁴ Skattenøytraliteten i fisjonsskattereglene må naturlig anses gitt nettopp under denne forutsetning, og reglene må tolkes på denne bakgrunn.

¹⁶⁰ Se for eksempel BFU 05/05 og BFU 24/08. Slåtta (2005) s. 130-131 tar til ordet for at BFU 05/05 ikke harmonerer med et slikt syn. Slåtta synes på generelt grunnlag å konkludere med at skattefrie overdragelser av fast eiendom neppe kan være i strid med fritaksmetodens formål. I tråd med Folkvord (2006) s. 428 er jeg derimot av den oppfatning at resultatet i BFU 05/05 må være riktig.

¹⁶¹ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 52.

¹⁶² L.c.

¹⁶³ Zimmer & Bahr (2010) s. 581.

¹⁶⁴ L.c.

Formålet med fisjonsskattereglene ble utførlig behandlet i forarbeidene ved lovfesting.¹⁶⁵ Finansdepartementet påpekte innledningsvis at en konsekvent gjennomført beskatning ved omstrukturering vil kunne motvirke at virksomheter finner en organisasjonsstruktur som bedrifts- og samfunnsøkonomisk anses hensiktsmessig.¹⁶⁶ Departementet fremhevet videre:

”Dette tilsier at skattereglene utformes slik at de ikke motvirker rasjonelle omorganiseringer av det selskapsrettslige rammeverket rundt virksomheter. Etter departementets syn bør det derfor i rimelig utstrekning være unntak fra det skatterettslige utgangspunkt om at overføringer av verdier fra et rettssubjekt til et annet utløser beskatning. Den nærmere avgrensningen må skje ut fra praktiske hensyn og for å hindre misbruk.”¹⁶⁷

Departementet anser altså som det primære formål at beskatningen ikke skal hindre transaksjoner som anses bedrifts- og samfunnsøkonomisk ønskelig. Næringslivets behov for til enhver tid å kunne omorganisere virksomheten, og hensynet til en effektiv ressursutnyttelse i selskapet taler dermed med stor styrke for at fisjoner, som det prinsipielle utgangspunkt, skal kunne skje uten at overføringen utløser umiddelbar beskatning.

Fisjonsskattereglene bygger på kontinuitetsbetraktninger, først og fremst skattemessig kontinuitet. Det nevnte nøytralitetsformål i forarbeidene kan derfor med fordel ses i en noe større sammenheng. Hovedbegrunnelsen for å tillate skattenøytrale omstruktureringer er at skatteregler som i minst mulig grad påvirker selskapets handlingsalternativer, presumtivt vil være de mest effektive. Dermed vil de også anses best egnet til å unngå konserverings- og innlåsnings-effekt som følge av realisasjon som innvinningskriterium.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) punkt 1.2.

¹⁶⁶ L.c.

¹⁶⁷ L.c.

¹⁶⁸ Folkvord (2006) s. 55-56, jfr. s. 59. Konserverings- og innlåsnings-effekter ved latente gevinster som følge av realisasjonsprinsippet oppstår ved at verdisvingninger ikke får skattemessig betydning før formuesgodet realiseres i skatterettslig forstand.

Som fremhevet i forarbeidene, er hovedformålet bak fisjonsskattereglene dermed at disse skal bidra til å avhjelpe uheldige vridninger ved realisasjonsprinsippet som innvinningsregel.¹⁶⁹ En naturlig konsekvens av denne betraktningen er derfor at skattefrie fisjoner presumtvt anses både bedriftsøkonomisk- og samfunnsøkonomisk hensiktsmessig og ønskelig, og de må derfor tillates så lenge omstruktureringen har et visst minimum av egenverdi for selskapet utover skattebesparelsen. Dermed blir graden av forretningsmessig egenverdi av stor betydning ved spørsmålet om transaksjonsrekken er i overensstemmelse med fisjonsskattereglenes formål. Større grad av forretningsmessig egenverdi taler for effektivitet, og dermed også for nøytralitet i selskapsbeskatningen.

4.3.4 Må transaksjonsrekken være i strid med både fritaksmetodens og fisjonsskattereglenes formål?

En praktisk viktig problemstilling er om transaksjonsrekken, fisjon med etterfølgende aksjesalg, må være i strid med både fritaksmetodens og fisjonsskattereglenes formål. Slåtta fremhever at Skattedirektoratet i BFU 05/05 feilaktig ikke tok stilling til om transaksjonen var i strid med fritaksmetodens formål.¹⁷⁰ Gjennomskjæring ved fisjon med etterfølgende aksjesalg er, som nevnt i avsnitt 4.2.3 ovenfor, kun aktuelt der det er grunnlag for sammenhengsbetraktninger. Etter min mening er det da naturlig at begge regelsett vurderes. På den annen side er det sikker rett at det kan være grunnlag for gjennomskjæring hvor fisjonen ikke har noen forretningsmessig funksjon utover å legge til rette for skattefritt aksjesalg.¹⁷¹ Det er dermed fisjonen som er gjenstand for gjennomskjæring, og ikke aksjesalget. Likevel følger det etter min mening både av forutsigbarhets- og likhetshensyn at fritaksmetoden, og dens relasjon til skattereglene for innmatsoverdragelse må vurderes.¹⁷²

¹⁶⁹ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) punkt 1.2. Dette kan etter min mening også utledes av at departementet i proposisjonen gjennomgående betegner ”skattekreditten” som unntak fra realisasjonsprinsippet.

¹⁷⁰ Slåtta (2005) s. 137. Dette gjøres heller ikke i BFU 24/08.

¹⁷¹ Se avsnitt 4.4.3 nedenfor.

¹⁷² Forutsigbarhet og stabilitet i skattereglene var et av hovedformålene bak skattereformen, se St.meld.nr.29 (2003-2004) s. 47.

4.4 Forretningsmessig egenverdi ved fisjon og etterfølgende aksjesalg

4.4.1 Generelt

Fremstillingen vil i det følgende redegjøre for hvilke ikke-skattemessige virkninger som kan bidra til å gi transaksjonsrekken tilstrekkelig egenverdi utover selskapets skattefordel. Egenverdivurderingen reiser både spørsmål om hvilke ikke-skattemessige virkninger ved fisjon med etterfølgende aksjesalg som kan være relevant i bedømmelsen, se avsnitt 4.4.2, og dernest hvilken realitet de ikke-skattemessige virkningene faktisk har for selskapet, se avsnitt 4.4.3. Egenverdi er i stor grad avhengig av hvor selskapet befinner seg i salgsforberedelsesprosessen på utfisjonerings tidspunktet. Dermed vil det også være avgjørende hvilken umiddelbar sammenheng det er mellom transaksjonsleddene.

Bedømmelsen av transaksjonsrekkens egenverdi har både betydning ved vurderingen av grunnvilkåret, og ved den konkrete totalvurderingen.¹⁷³ Som det fremgår av fremstillingens del 2, vil selskapet gjennom en fisjon med et etterfølgende aksjesalg normalt kunne oppnå en ikke-ubetydelig skattebesparelse. I forhold til grunnvilkåret gir skattefordelen dermed umiddelbart en sterk presumsjon for at skattebesparelsen har vært den hovedsakelige motivasjonsfaktor.¹⁷⁴ Selskapet har også bevisbyrden for forretningsmessige hensyn som ikke har realisert seg i konstaterbare virkninger. Egenverdi er i denne sammenheng et hjelpebegrep som brukes for å kartlegge selskapets motivasjon.¹⁷⁵

Ved totalvurderingen er det avgjørende for selskapets transaksjonsrekke at det også kan påvises andre ikke-skattemessige virkninger av et visst minimum utover skattebesparelsen. Som det fremgår av fritaksmetodens og fisjonsskattereglenes formål i avsnitt 4.3 ovenfor, vil en betydelig skattebesparelse ikke av denne grunn kunne anses som formålsstridig dersom transaksjonsrekken også er begrunnet i andre ikke-skattemessige hensyn. Slike innretninger er både hensiktsmessig og ønskelig, og dermed ikke formålsstridig.

¹⁷³ Banoun (2003) s. 309.

¹⁷⁴ Se Rt 2007 s. 209 *Hex* (43).

¹⁷⁵ Slik Folkvord (2006) s. 427 note 1295. Se avsnitt 4.5 nedenfor.

4.4.2 Ikke-skattemessige virkninger ved fisjon og aksjesalg

Det prinsipielle spørsmålet er hvorvidt, og i så fall i hvilken grad, selskapets utfisjonering av salgsobjektet med etterfølgende aksjesalg i seg selv har noen forretningsmessig egenverdi utover skattebesparelsen.

Innledningsvis må det påpekes at vurderingen av transaksjonsrekkens ikke-skattemessige virkninger, og da særlig de bedriftsøkonomiske er kompleks og særpreges av en særskilt teknisk og skjønnsmessig vurdering.¹⁷⁶ Etter min mening kan dette i en viss grad tale for en noe tilbakeholden overprøving av selskapets hensiktsmessighetsvurderinger. For enkelhets skyld omtales i det følgende bare overføring av fast eiendom.

Først og fremst vil omstruktureringen kunne innebære at selskapet oppnår en ryddig og oversiktlig konsernstruktur. Folkvord fremhever at hensynet til ryddighet alltid vil kunne anføres som argument for omstrukturering, og at vektleggingen av hensynet må vurderes konkret i den enkelte sak.¹⁷⁷ På den annen side er det klart at betraktningen i en viss grad må forutsette at hensynet faktisk innebærer en realitet for det overdragende selskapet, noe som normalt ikke vil være tilfellet hvor selskapet i umiddelbar sammenheng med, eller i kort tid etter fisjonen selger unna samtlige aksjer i datterselskapet.

Videre vil en utfisjonering av fast eiendom i egne eiendomsselskaper normalt innebære en bedriftsøkonomisk ønskelig fordeling av risiko.¹⁷⁸ De utfisjonerte eiendommene vil for eksempel kunne leies ut uten at selskapet for øvrig eksponeres for tilsvarende risiko. Hensynet til ulik risikoeksponering må således være et gyldig argument. Dette under forutsetning av at fisjonen faktisk medfører en viss spredning av risiko, noe som i stor grad er betinget av at det går en viss tid mellom fisjonen og aksjesalget, og/ eller at det ikke foreligger konkrete planer om salg på fisjonsbeslutnings- eller gjennomføringstidspunktet.

¹⁷⁶ Slik Folkvord (2006) s. 432-433.

¹⁷⁷ Ibid. s. 430; Ot.prp.nr.71(1995-1996) s. 21.

¹⁷⁸ Se for eksempel BFU 36/06 og BFU 53/07.

Likeledes vil en rendyrket selskapsstruktur i en viss grad kunne ha positive effekter ved senere låneopptak, og for finansiering av den videre driften i det overtakende selskapet frem til eiendommen besluttes solgt. I BFU 36/06 anså selskapet det hensiktsmessig for den videre finansieringen ved mulige nyinvesteringer at den enkelte eiendom var plassert i egne selskaper, samt at grunnbokshjemmelen til de enkelte eiendommene lå i egne selskaper. I BFU 67/05 anførte selskapet også at utfisjoneringsen ville gi større likviditetseffekt.

Omstruktureringen vil også kunne legge til rette for senere opptak av samarbeidspartnere og investorer.¹⁷⁹ I BFU 29/07 hadde selskapet utfisjonert all verftsvirksomhet for å bruke aksjene i det overtakende selskapet som tingsinnskudd ved stiftelsen av et utenlandsk børsnotert selskap. Selskapet var av den oppfatning at fisjonen ville øke sannsynligheten for at mulige investorer ville investere i en slik rendyrket verftsvirksomhet. Skatte- direktoratet var enig i at omstruktureringen ville medføre en rasjonell selskapsstruktur.¹⁸⁰

Selskapet kan også se seg tjent med å skille ut eiendommer som naturlig hører sammen for å forenkle administrativ oppfølging og løpende lønnsomhetsvurderinger. I BFU 36/36 ønsket selskapet for eksempel å skille ut all næringseiendom fra boligeiendommene. Likeledes vil den videre rendyrkingen av selskapet være et hensyn som kan gi egenverdi. I BFU 28/07 ønsket selskapet å legge all eiendomsaktivitet i ett felles selskap av hensyn til videreutvikling av konsernets verdier, og for rendyrkingen av virksomheten.¹⁸¹

Felles for disse forretningsmessige virkningene er at de ikke automatisk gir transaksjonen tilstrekkelig egenverdi. Hensynenes relative vekt er i stor utstrekning styrt av tids- og planleggingsbetraktninger.¹⁸² Noen virkninger vil det likevel normalt alltid kunne tas hensyn til, uavhengig av sammenhengen mellom transaksjonsleddene. Fremstillingen vil i det følgende se nærmere på noen av disse.

¹⁷⁹ PricewaterhouseCoopers (2009a) s. 72.

¹⁸⁰ Se også Utv 2011-1659.

¹⁸¹ Se også BFU 67/05 og 19/06.

¹⁸² Se avsnitt 4.4.3 og 4.6 nedenfor.

Ved overføring av fast eiendom vil selskapet normalt få en større netto kjøpesum ved å selge eiendommen som sådan, fremfor et aksjesalg. Kjøpesummens størrelse vil først og fremst komme i betraktning hvor eiendommen er gjenstand for avskrivning.¹⁸³ Men også for ikke-avskrivbare eiendommer med latent skatt er det vanlig kutyme at kjøper får et estimert ulempefradrag i vederlaget. Differansen mellom virkelig og skattemessig verdi reduseres normalt med ca. 5-9 prosent.¹⁸⁴ I Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse i BFU 05/05 var kjøper villig til å betale ca. 4 prosent mer for innmat.¹⁸⁵

Det kan reises spørsmål om det kan tas hensyn til denne ulikheten i vederlaget. Slåtta er av den oppfatning at differansen tilsynelatende vil kunne være relevant hvor kjøpesummen i realiteten oppveier selskapets brutto skattefordel.¹⁸⁶ Dette gir normalt en presumsjon for at andre ikke-skattemessige hensyn har vært motiverende. På den annen side vil selskapet ved overføring av fast eiendom normalt oppnå en ikke-ubetydelig netto skattebesparelse, selv om vederlaget nedjusteres. Dette vil normalt tale for at selskapet har solgt aksjer med skattebesparelsen for øyet, til tross for nedjusteringen. Etter min mening vil en slik nedjustering av vederlaget, i tråd med Høyesteretts oppfatning om vektingen av ulemper, ikke kunne tillegges vesentlig vekt i egenverdivurderingen.¹⁸⁷

Videre innebærer fisjonen at vederlaget for aksjene tilkommer det overdragende selskapet, og ikke det overtakende. I sin analyse av Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse i BFU 05/05 synes Slåtta å konkludere med at dette er forhold som kan gi transaksjonen en viss egenverdi.¹⁸⁸ Etter min mening er det unaturlig å tillegge denne forskjellen vesentlig vekt. Dette fordi salg av innmat i etterkant av en fisjon ikke vil være et reelt valg fremfor salg av aksjer, særlig der selskapet utelukkende har utfisjonert én eiendom.

¹⁸³ Se avsnitt 2.2.3 ovenfor.

¹⁸⁴ PricewaterhouseCoopers (2008) s. 34 og 37. Det må i dag antas at differansen vil være noe høyere.

¹⁸⁵ Se Slåtta (2005) s. 135 note 16.

¹⁸⁶ L.c. Altså som en ugunstig virkning for selskapet.

¹⁸⁷ Se for eksempel Rt 2002 s. 456 *Hydro Canada* og Rt 2007 s. 209 *Hex*.

¹⁸⁸ Slåtta (2005) s. 134.

Ved overføring av fast eiendom vil det også kunne være relevant å se hen til spørsmålet om dokumentavgift.¹⁸⁹ Det fremgår av Finansdepartementets rundskriv at det ikke skal betales dokumentavgift ved overføring av fast eiendom i forbindelse med fisjon, forutsatt at omstruktureringen bygger på selskapsrettslige kontinuitetsbetraktninger.¹⁹⁰ Ønsket om å unngå dokumentavgift på kjøpers hånd vil normalt øke prisen på aksjene, og således vil hensynet kunne gi incentiver til å overdra fast eiendom i form av aksjer.¹⁹¹ På den annen side vil vekten normalt avta i overensstemmelse med størrelsen av kjøpers ulempefradrag i kjøpesummen, blant annet som følge av redusert avskrivningsgrunnlag.¹⁹²

Transaksjonsrekken medfører således en rekke ikke-skattemessige virkninger som vil kunne bidra til å gi transaksjonene tilstrekkelig egenverdi.¹⁹³ Hensynenes relative vekt avhenger i stor grad av hvilken realitet virkningene faktisk har hatt for selskapet. I denne sammenheng vil det dermed normalt være avgjørende for egenverdivurderingen om fisjonen i forkant av aksjesalget kan anses som et forretningsmessig begrunnet ledd i en ellers forretningsmessig begrunnet transaksjonsrekke.

4.4.3 Fisjon som et forretningsmessig unødvendig ledd i en ellers forretningsmessig begrunnet transaksjonskjede

Som nevnt i avsnitt 4.1.2 ovenfor, fremgår det både av høyesterettspraksis og forarbeidene til fritaksmetoden at skattyter i de tilfeller en står overfor valg av flere fremgangsmåter ikke har plikt til å velge det alternativ som gir høyest skatt.¹⁹⁴ På den annen side må det anses som sikker rett at ligningsmyndighetene og domstolene kan se bort fra forretningsmessig

¹⁸⁹ Etter min mening er dette ikke like opplagt de lege ferenda. I et samfunnsøkonomisk perspektiv er skatt og avgift langt på vei det samme. Omgåelse av både skatt og avgift kan medføre offentlige provenytab.

¹⁹⁰ Rundskriv G 06/2005 punkt 3.

¹⁹¹ Se for eksempel BFU 67/05 og BFU 28/07.

¹⁹² Se for eksempel SKN 2006-15. Unngåelse av dokumentavgift ble likevel vektlagt i BFU 67/05.

¹⁹³ Som fremstillingen viser, kan anførselene anta et noe formelt og rutinemessig preg.

¹⁹⁴ Se Rt 2008 s. 1510 *Reitan* (62) og Ot.prp.nr.1 (2004-2005) punkt 6.5.6.1.

unødvendige mellomledd som utelukkende tjener som mellomstasjon for å oppnå det alternativet som gir lavest skattebyrde.¹⁹⁵ I slike tilfeller vil selskapets omstrukturering ikke ha tilstrekkelig egenverdi utover ønsket om å legge til rette for skattefritt aksjesalg.

Fisjonstilfellene med etterfølgende aksjesalg har imidlertid ennå ikke vært prøvd for Høyesterett. Gjems-Onstad legger likevel til grunn at det vil kunne være grunnlag for å se en fisjon i umiddelbar sammenheng med et etterfølgende aksjesalg som et nødvendig mellomledd.¹⁹⁶ Som nevnt i avsnitt 4.1.2 ovenfor, er gjennomskjæringsregelens ulike fragmenter generell i sin utforming, og av stor prinsipiell rekkevidde. Det må dermed legges til grunn at rettsregelen er anvendelig ved fisjon med etterfølgende aksjesalg.¹⁹⁷

Vurderingstemaet er om selskapet på fisjonsbeslutnings- eller gjennomføringstidspunktet har vært i kontraktsforhandlinger om salg av innmat, eller i kort tid etter gjennomføringen igangsatt en salgsprosess om salg av aksjene i selskapet. Presumtivt vil fisjonen i slike tilfeller ikke ha noen forretningsmessig egenverdi utover skattekreditten. Transaksjonen innebærer da reelt en realisasjon av selskapets formuesgoder som utløser gevinstbeskatning etter de alminnelige regler. På den annen side synes terskelen for egenverdi å ligge svært lavt.¹⁹⁸ Skattedirektoratet har avgitt en rekke bindende forhåndsuttalelser som kan gi grunnlag for å oppstille enkelte retningslinjer for egenverdivurderingen.

I den første bindende forhåndsuttalelsen, BFU 05/05, kom Skattedirektoratet til at den planlagte transaksjonsrekken ville ha et nødvendig mellomledd som innebar en omgåelse av kapitalgevinstbeskatningsreglene gjennom utnyttelse av fisjonsskattereglens skatte-kreditt. Saken gjaldt Holding AS som eide samtlige aksjer i eiendomsselskapet Datter AS. Datterselskapet eide blant annet en bygård med ca. 50 utleieleiligheter som var lagt ut for

¹⁹⁵ Se blant annet Rt 1978 s. 60 *Smestad*, Rt 2004 s. 1331 *Aker Maritime*, Rt 2006 s. 1062 *Fauske* og Utv 2008-1594 *Friis & Friis*. Se også Gjems-Onstad (2008) s. 1108.

¹⁹⁶ Gjems-Onstad (2008) s. 1145.

¹⁹⁷ Se også Utv 2008-1594 *Friis & Friis*, Utv 2011-1659, og BFU 05/05 og 24/08.

¹⁹⁸ Slik også Dimmen (2007) s. 63.

salg. I prospektet hadde selskapet for sikkerhets skyld opplyst at man alternativt kunne kjøpe aksjer i et nyfisjonert eiendomsselskap. Det ble igangsatt kontraktsforhandlinger med kjøper, og inngått rammeavtale om overdragelse av bygården. Deretter ble eiendommen utfisjonert til det nystiftede selskapet Bygården AS. Selskapet anmodet Skattedirektoratet om å ta stilling til om innretningen innebar en omgåelse av kapitalbeskatningsreglene.

Selskapet bestred ikke at transaksjonsmodellen var en tilpasning til fritaksmetoden. Planen var å legge bygården som sådan ut for salg. Det var ikke anført andre forretningsmessige grunner for utfisjoneringsen utover skattebesparelsen. Skattedirektoratet konkluderte derfor med at det hovedsakelige formålet med transaksjonsmodellen var å tilpasse seg fritaksmetoden, og at fisjonen utgjorde et unødvendig mellomledd.¹⁹⁹

I sin analyse av Skattedirektoratets uttalelse retter Slåtta inngående kritikk mot resultatet, blant annet under henvisning til at selskapets fremgangsmåte også innebar en rekke andre ikke-skattemessige virkninger som ikke ville vært oppnådd ved salg av bygården som sådan.²⁰⁰ Dimmen påpeker, i tråd med Slåttas synspunkt, at det i saken heller ikke var opplagt at selskapets transaksjon var i strid med fritaksmetodens formål.²⁰¹ Det fremheves videre at en slik praksis som forhåndsuttalelsen legger opp til vil kunne skape lite stabilitet og stor usikkerhet i næringslivet.²⁰²

Folkvord er av en annen oppfatning, og påpeker at fisjonens ikke-skattemessige virkninger i BFU 05/05 taler *for* gjennomskjæring ettersom de anses som ugunstige for selskapet.²⁰³ Det tas til ordet for at transaksjonsrekker som beskrives i denne saken normalt vil være i gjennomskjæringsregelens kjerneområde.²⁰⁴

¹⁹⁹ Skattedirektoratet viste blant annet til premissene i Rt 1982 s. 789 *Torkildsen*.

²⁰⁰ Slåtta (2005) punkt 3.2 side 133-136.

²⁰¹ Dimmen (2007) s. 57.

²⁰² L.c.

²⁰³ Folkvord (2006) s. 427 i petit.

²⁰⁴ L.c.

Selv om de ikke-skattemessige virkningene ved utfisjoneringsen av bygården ville medført en viss realitet for selskapet er det etter min mening unaturlig å konkludere med at fisjonen av denne grunn hadde tilstrekkelig egenverdi.²⁰⁵ I tråd med Skattedirektoratets resultat i saken er det etter min mening derfor god grunn til å anse selskapets umiddelbare omstrukturering i etterkant av kontraktsforhandlingene, og inngåelsen av rammeavtalen som et unødvendig mellomledd.

Selv om et slikt synspunkt vil kunne medføre innlåsnings effekter, er det likevel neppe grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring hvor selskapet, til tross for tidsmomentet, kan føre bevis for at forretningsmessige grunner har vært hovedmotivet.²⁰⁶

Etter min mening er det ikke formålsstridig å selge aksjer kort tid etter en utfisjoneringsen så lenge transaksjonen har en viss egenverdi utover skattebesparelsen, noe selskapets disposisjon ikke hadde i BFU 05/05. På den annen side kan det nok reises spørsmål om fisjonen var i strid med fritaksmetodens formål, noe som ikke er like opplagt. I alle fall vil saksforholdet ligge i yttergrensen for hva som kan tillates av tilpasning til fritaksmetoden.

Synspunktet synes å være i overensstemmelse med fisjonsskatte reglenes lovforarbeider.²⁰⁷ Finansdepartementets evaluering av skattereformen i skattemeldingen synes også å støtte resultatet i BFU 05/05.²⁰⁸ Grydeland og Lorentzen tar imidlertid til ordet for at terskelen for egenverdi er modifisert i nyere lignings praksis, blant annet under henvisning til Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse i BFU 67/05.²⁰⁹

²⁰⁵ I denne retning Folkvord op.cit. s. 427. Avgjørende for skattemessig gjennomskjæring er om fisjonen som sådan har tilstrekkelig egenverdi, ikke om aksjesalg generelt utløser andre ikke-skattemessige virkninger enn innmatsalg, slik Slåtta (2005) fokuserer på.

²⁰⁶ Innlåsing skjer ved at selskaper, i frykt for gjennomskjæring, venter kunstig lenge med salg av aksjer.

²⁰⁷ Ot.prp.nr.71 (2004-2005) side 22.

²⁰⁸ Meld.St.nr.11 (2010-2011) punkt 9.2. Det uttales at gjennomskjæringssynspunkter kan være nærliggende der utfisjoneringsen skjer i umiddelbar sammenheng med et etterfølgende aksjesalg.

²⁰⁹ Grydeland og Lorentzen (2007) punkt 6.2.

BFU 67/05 gjaldt Mor AS som opprinnelig eide datterselskapet D1 AS. Dette selskapet drev primært med utleie og drift av forretningseiendommer. D1 AS utfisjonerte selskapets hyttetomter og enkelte andre eiendeler til søsterselskapet D2 AS som skulle videreutvikle disse. Forretningseiendommene ble liggende igjen i D1 AS. I etterkant av fisjonen ønsket Mor AS å redusere sin eierandel i D1 AS for å øke likviditeten i selskapet ved å selge en del aksjer til et nystiftet selskap Newco.

Skattedirektoratet fremhevet at utfisjoneringsen av D1 AS ikke var et nødvendig ledd for å kunne selge aksjene fremfor eiendommene, og at modellen måtte anses som hovedsakelig skattemessig motivert. Likevel ble det konkludert med at selskapets valg av transaksjonsform lå innenfor de formål og tilpasningsmuligheter som reglene åpner for.

I saken hadde selskapet anført at fisjonen medførte en rendyrking av virksomhetsområdene i D1 AS, og at selskapet i fremtiden ville få et bedre grunnlag for å videreutvikle verdiene i virksomheten. Det ble også fremhevet at utfisjoneringsen ville blitt gjennomført uavhengig av et eventuelt salg av aksjene i D1 AS (i motsetning til hva som var tilfellet i Bfu 05/05). Selskapet så det også hensiktsmessig at man unngikk dokumentavgift.

Etter Skattedirektoratets oppfatning hadde omstruktureringen tilstrekkelig egenverdi utover ønsket om å unngå gevinstbeskatning selv om den ikke var et forretningsmessig nødvendig ledd for salget. Direktoratet uttalte at det ”må noe mer til” for at selskapets transaksjonsrekke skulle karakteriseres som illojal.

Uttalelsen sier neppe mer enn det som fremgår av forarbeidene til fritaksmetoden.²¹⁰ Den største forskjellen mellom denne saken og tilfellet i Bfu 05/05 var at selskapet i sistnevnte forhåndsuttalelse var kommet markant lengre i salgsprosessen på fisjonstidspunktet, og at selskapet (tilsynelatende som en direkte følge av dette) ikke hadde anført andre forretningsmessige hensyn for utfisjoneringsen. Etter min mening kan det derfor neppe

²¹⁰ Se avsnitt 4.1.3 ovenfor. Det fremgår av Ot.prp.nr.1 (2004-2005) punkt 6.5.6.1 at selskapet ved valgmuligheter ikke har plikt til å velge det alternativ som gir størst samlet skattebyrde.

hevdes at Skattedirektoratet opererer med en lavere terskel for egenverdi i BFU 67/05. I motsetning til saken i BFU 05/05 lå selskapets forretningsmessige grunner for fisjonen i BFU 67/05 innenfor skattereglenes formål.²¹¹ Etterfølgende forhåndsuttalelser synes også å være i samsvar med kravet til egenverdi.²¹²

Kravet til egenverdi må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, men uttalelsene fra Skattedirektoratet gir noen retningslinjer for hvor terskelen ligger. Det kan neppe helt utelukkes at transaksjonsledd som ikke er nødvendig for det etterfølgende salget av aksjene, vil kunne ha tilstrekkelig egenverdi. Selskapet vil normalt heller ikke ha store problemer med å anføre rasjonelle og hensiktsmessige forretningsmessige grunner for utfisjoneringsen.

4.5 Nærmere om selskapets motiv og egenverdi (grunnvilkåret)

4.5.1 Generelt

Grunnvilkåret for gjennomskjæring innebærer at skattebesparelsen må fremstå som det hovedsakelige formål med selskapets disposisjon.²¹³ Avgjørende i så henseende er ”hva skattyteren må antas å ha lagt vekt på”. Som det fremgår av Høyesteretts premisser i Hexdommen, må bevisvurderingen skje med utgangspunkt i disposisjonens samlede virkninger. Selskapets oppnådde skattebesparelse som nevnt i fremstillingens del 2 må holdes opp mot transaksjonskjedens ikke-skattemessige virkninger som det er redegjort for i avsnitt 4.4.2 ovenfor. Virkningene danner imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt i vurderingen. Domstolene og ligningsmyndighetene står derfor i prinsippet overfor en fri bevisvurdering.

Som nevnt i avsnitt 3.2.2 ovenfor, kan ikke selskapet som sådan ha subjektivt motiv. Det er derfor motivet til de fysiske personer som handler på vegne av selskapet som må vurderes. Bevismomenter vil dermed være styrenotater, styreprotokoller og tidsnære dokumenter mv.

²¹¹ Slik også Dimmen (2007) s. 59.

²¹² Se for eksempel BFU 36/06 og 24/08.

²¹³ Se avsnitt 3.2.2 ovenfor.

Vurderingen av selskapets motiv er en generell utfordring ved gjennomskjæringsregelen. Dette fordi vurderingen nødvendigvis i stor grad vil være svært skjønnspreget, og basert på til dels usikre prognoser. Det er neppe tilfeldig at Skattedirektoratet i en rekke tilfeller ikke først tar stilling til hvorvidt grunnvilkåret er oppfylt før det slås fast at transaksjonen ligger innenfor skattereglenes formål.²¹⁴

Departementet fremhevet også i forarbeidene til fisjonsskattereglene at gjennomskjæring i praksis vil være meget sjelden i fisjonssaker fordi det normalt ikke kan bevises at skattemotivet har vært enerådende eller nær enerådende.²¹⁵ En del retningslinjer kan imidlertid oppstilles på generelt grunnlag. Likevel må momentenes relative vekt i bevisbedømmelsen uansett vurderes konkret i den enkelte sak.

Felles for de forhåndsuttalelsene der Skattedirektoratet har konkludert med at skattebesparelsen fremsto som selskapets hovedsakelige formål er at omstruktureringen av selskapet og aksjesalget skjer i umiddelbar sammenheng.²¹⁶ Dimmen fremhever at der et aksjeselskap opprettes for å eie én fast eiendom like før aksjene selges, er skattemotivet åpenbart.²¹⁷ Det tas også til orde for at skattemyndighetene trolig bare vil kunne påvise tilstrekkelig skattemotiv der fisjonen og aksjesalget har skjedd med svært kort tidsrom.²¹⁸

Etter min mening vil imidlertid en slik betraktning kunne føre til at enkelte selskaper, i frykt for gjennomskjæring, venter kunstig lenge med å selge.²¹⁹ Dette var neppe ønskelig ved innføringen av skattefritaket for aksjer. Et av hovedformålene med fritaksmetoden var

²¹⁴ Se for eksempel BFU 28/07, 29/07 og 53/07.

²¹⁵ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 30 punkt 2.3.5.4. Angivelsen av beviskravet i forarbeidene omtales nærmere i avsnitt 4.5.3 nedenfor.

²¹⁶ Se BFU 05/05 og 24/08. Se også SKN-2006-15.

²¹⁷ Dimmen (2007) s. 53.

²¹⁸ Ibid. s. 54, med unntak av tilvirkningskontrakter. Argumentet må være at byggetiden under slike kontrakter ikke påvirker gjennomskjæringsvurderingen, for eksempel ved kjøp av anlegg og skip mv.

²¹⁹ Ibid. s. 55.

nettopp å bedre kapitalmobiliteten for å hindre konserverings- og innlåsnings effekter. Etter min mening kan det derfor ikke oppstilles en presumsjon på dette grunnlag. Hvorvidt det er grunnlag for skattemessig gjennomskjæring, vil alltid bero på en konkret helhetsvurdering.

På den annen side vil tidsmomentet, i likhet med graden av planlegging før fisjonen, unektelig være en indikator på at skattebesparelsen har vært en motiverende faktor for selskapet. Samtidig vil selskapets betydelige nettopproveny i å selge skattefritt normalt tale for at det hovedsakelige formål med transaksjonsrekken har vært å spare skatt.²²⁰

Dersom selskapet motsetningsvis kan føre bevis for at man ikke har igangsatt konkrete salgsplaner på fisjonsbeslutningstidspunktet, eller i kort tid etter fisjonsgjennomføringen, vil det normalt ikke være grunnlag for å konkludere i selskapets disfavør. Dette må også gjelde der skattebesparelsen ved et senere aksjesalg er betydelig.²²¹

Etter min mening er det grunn til å anta at ligningsmyndighetene ikke vil konkludere med at skattemotivet har vært det hovedsakelige formål med transaksjonsrekken hvor selskapet har planlagt godt. Som fremstillingen i avsnitt 4.4.2 ovenfor viser, vil selskapet normalt ikke ha store problemer med å anføre ikke-skattemessige hensyn for fisjonen. I praksis blir slike hensyn nærmest rutinemessig anført. I det følgende vil fremstillingen se nærmere på bevisproblematikken ved vurderingen av disse hensyn.

4.5.2 Vurderingstidspunkt

Den prinsipielle problemstillingen er hvilket tidspunkt vurderingen av selskapets subjektive motiv knytter seg til etter gjeldende rett, og hvorvidt det kan tas hensyn til omstendigheter som oppstår i forkant av og/ eller i etterkant av dette tidspunkt. Spørsmålet har stor praktisk betydning for gjennomskjæringsvurderingen.

²²⁰ Plasseringen av bevisbyrden omtales nærmere i avsnitt 4.5.4 nedenfor.

²²¹ For eksempel i Rt 2006 s. 1232 *Telenor* var det ikke grunnlag for gjennomskjæring, til tross for at innretningen faktisk innebar en skattebesparelse på ca. NOK 2,41 milliarder.

I sin analyse av den spesielle gjennomskjæringsregelen i sktl. § 14-90 drøfter Folkvord hvorvidt vurderingen kan knyttes til forholdene ved styrets utferdigelse av fisjonsplanen, tidspunktet for generalforsamlingsvedtaket, registreringstidspunktet eller til forholdene på domstidspunktet.²²² Folkvord fremhever at skjæringstidspunktet må være tidspunktet for generalforsamlingsbeslutning.²²³

Som nevnt i avsnitt 4.2.3 ovenfor, er det et tilleggsvilkår for gjennomskjæring ved fisjon og aksjesalg at transaksjonsleddene har skjedd som ledd i en på forhånd fastsatt plan. I så henseende har Høyesterett fremhevet selskapets subjektive motiv på beslutningstidspunktet som særlig relevant.²²⁴ Dermed kan det antas at vurderingen etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen også knytter seg til generalforsamlingstidspunktet. Hvis beslutningen om aksjesalg skjer i etterkant av fisjonen, vil det normalt ikke være grunnlag for å bedømme selskapets transaksjonsrekke som en samlet enhet. Det vil da heller ikke være aktuelt med gjennomskjæringssynspunkter.

Ved vurderingen av selskapets subjektive motiv på fisjonsbeslutningstidspunktet må det, som ledd i en alminnelig bevisvurdering, være helt legitimt å ta hensyn til omstendigheter som oppstår i etterkant av dette tidspunkt.²²⁵ Høyesteretts anvisning på at disposisjonens virkninger danner utgangspunktet for vurderingen av motivet innebærer at det naturlig nok også må ses hen til forhold som i tid realiserer seg etter fisjonsbeslutningstidspunktet.²²⁶ Likeledes vil forhold i forkant av generalforsamlingsvedtaket ha relevans i den konkrete bevisvurderingen, for eksempel styrenotater og protokoller som kan belyse motivet, samt tidsnære dokumenter og omstendigheter for øvrig.

²²² Folkvord (2006) s. 415. Banoun (2003) s. 303-304 synes å legge til grunn at vurderingstidspunktet er domstidspunktet. Slik Folkvord Op.cit. s. 416 må det antas at det med dette siktes til forhold i den alminnelige bevisvurderingen.

²²³ L.c. Skattyter kan ikke la seg motivere av forhold som i tid inntreffer etter fisjonsbeslutningen.

²²⁴ Jfr. blant annet Rt 1994 s. 492 *Railo*.

²²⁵ Folkvord (2006) s. 416.

²²⁶ Jfr. blant annet Rt 2007 s. 209 *Hex* (43).

4.5.3 Beviskravet – et alminnelig overvektsprinsipp?

Det kan reises spørsmål om hvilke beviskrav det stilles til selskapets skattemotiv. Etter hovedregelen i sivilrettslige saker skal domstolene og ligningsmyndighetene bygge på det faktum som fremtrer som mest sannsynlig (overvektsprinsippet).

I forarbeidene til fritaksmetoden ble det fremhevet av departementet at "[i] noen tilfelle vil det kunne hevdes at valget av transaksjonsform må anses som hovedsakelig skattemessig motivert".²²⁷ Departementet angir dermed et alminnelig overvektsprinsipp.

Fritaksmetodens lovforarbeider synes å være i overensstemmelse med beviskravet som er oppstilt i Høyesterett på generelt grunnlag. For eksempel i Rt 2007 s. 209 *Hex* uttales det i avsnitt 39 at "det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt". Også i Rt 2008 s. 1510 *Reitan* konkluderte førstvoterende i avsnitt 39 med at den "viktigste grunn...må etter min mening ha vært å søke [og] nyte godt av denne gunstige verdsettelsespraksisen". Høyesterett angir også her et alminnelig overvektsprinsipp.

Det må dermed være rimelig klart at det ved gjennomskjæring av transaksjonsrekken med fisjon og etterfølgende aksjesalg ikke kreves mer enn kvalifisert sannsynlighetsovervekt for selskapets skattemotiv.²²⁸ På den annen side ble det i forarbeidene til fisjonsskattereglene antatt at beviskravet etter gjennomskjæringsregelen er strengere enn etter bestemmelsen om spesiell gjennomskjæring.²²⁹ Dette under forutsetning av at bestemmelsen om spesiell gjennomskjæring bare krever sannsynlighetsovervekt for skattemotivet.²³⁰ Departementet fremhevet at den ulovfestede gjennomskjæringsregelen kan komme til anvendelse dersom formålet med fisjonen bare er å spare skatt, eller dette formålet er helt dominerende.²³¹

²²⁷ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) punkt 6.5.6.1.

²²⁸ Slik også Zimmer (2009a) s. 65 på generelt grunnlag.

²²⁹ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 22.

²³⁰ L.c. Unntaksvis kan ligningsmyndighetene og domstolene bygge på et faktum selv om det ikke fremstår som overveiende sannsynlig, se Folkvord (2006) s. 415.

²³¹ L.c.

Videre ble det påpekt at gjennomskjæringssynspunkter i slike tilfeller i praksis vil være vanskelig for ligningsmyndighetene å vinne frem med. Departementet uttalte følgende om selskapets skattemotiv:

”Vilkårene for å anvende et så inngripende virkemiddel [gjennomskjæring] vil og bør naturlig nok være relativt strenge. Dels gjelder dette ved at det skattemessige motiv for fusjonen eller fisjonen må framtre som nær enerådende før en er sikker på at domstolene vil akseptere gjennomskjæring. Dels gjelder det ved at *beviskravene til dette motivet vil være ganske store* [min uth.]”.²³²

Forarbeidene synes dermed å fravike hovedregelen om sannsynlighetsovervekt etter gjennomskjæringsregelen. Som fremhevet av Folkvord, fremkommer imidlertid uttalelsene i forarbeidene til fisjons- og fusjonsskattereglene, og ikke til reglene for gjennomskjæring.²³³ Folkvord tar derfor til ordet for at uttalelsen ikke kan tillegges nevneverdig vekt, og at det riktige må være å bygge på hovedregelen om sannsynlighetsovervekt.²³⁴

Det må derfor antas at selskapets skattemotiv ved fisjon med etterfølgende aksjesalg, i overensstemmelse med beviskravet i høyesterettspraksis, kun må veie tyngre enn de ikke-skattemessige motiv til sammen.²³⁵

4.5.4 Selskapets bevisbyrde – presumsjon for skattemotiv

Dersom den dominerende virkning av disposisjonen er at selskapet sparer skatt, og denne skattebesparelse er av noe omfang, er det en sterk presumsjon for at denne har vært den viktigste motivasjonsfaktor for selskapet.²³⁶

²³² Ibid. s. 30 punkt 2.3.5.4.

²³³ Folkvord (2006) s. 415.

²³⁴ L.c.; Eckhoff (2001) s. 94 flg.

²³⁵ Slik også Zimmer (2009a) s. 65 på generelt grunnlag.

²³⁶ Jfr. blant annet Rt 2007 s. 209 *Hex* (43).

Som det fremgår av fremstillingens del 2, vil selskapets netto skatteproveny ved aksjesalg normalt være betydelig, særlig ved overdragelse av fast eiendom, eller driftsmidler som saldføres med lav avskrivningssats. På generelt grunnlag vil selskapet dermed ha bevisbyrden for at ikke-skattemessige hensyn har vært mer motiverende enn skattebesparelsen.

Det må imidlertid være relevant å reise spørsmål om hvilken praktisk betydning det har at selskapet pålegges bevisbyrden ved vurderingen av grunnvilkåret. I utgangspunktet vil plasseringen neppe ha vesentlig praktisk betydning ettersom gjeldende rett bare krever at det foreligger kvalifisert sannsynlighetsovervekt for skattemotiv.²³⁷

På den annen side vil plassering av bevisbyrden normalt kunne gi incentiver for selskapet til å sikre bevis ved transaksjoner som medfører betydelige skattebesparelser. Skatteelementet er et sentralt vurderingstema ved eiendomsoverdragelser, og det må antas at selskapet vil være klar over i hvilke tilfeller transaksjonsmodellen kan stå i fare for gjennomskjæring.²³⁸ Der selskapet har planlagt godt vil imidlertid betraktningen neppe ha vesentlig betydning, særlig for store konsernselskaper.

For ligningsmyndighetene og domstolene vil det heller ikke ha stor betydning at selskapet må føre bevis for ikke-skattemessige motiver. Bevisbyrden vil i praksis pålegges ligningsmyndighetene så snart selskapet har anført tilstrekkelige forretningsmessige grunner for transaksjonsmodellen, og vice versa.

Bevisbyrden må imidlertid ses i sammenheng med tids- og planleggingsbetraktninger som også vil kunne medføre en presumsjon for at skattebesparelsen har vært selskapets

²³⁷ Slik Folkvord (2006) s. 415 i petit, jfr. avsnitt 4.5.3 ovenfor. Etter tradisjonell teori om bevisbyrde må skattyter, uten særskilt bevisbyrde, uansett sannsynliggjøre sitt faktum med 51 prosent (alminnelig sannsynlighetsovervekt).

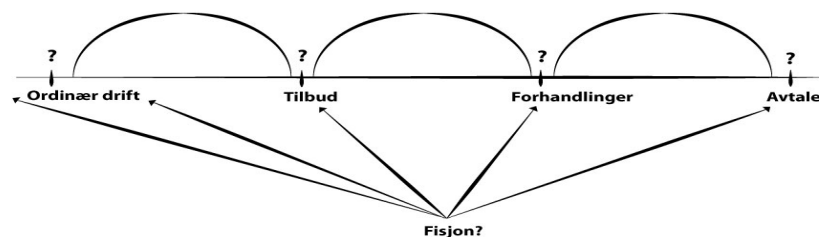
²³⁸ Skatterådgivere brukes i stor utstrekning ved eiendomsoverdragelser, noe som tilsier at presumsjonen ikke har praktisk betydning for selskapet. Det er grunn til å anta at selskapet ikke vil ha store problemer med å anføre forretningsmessige virkninger som følge av transaksjonen.

hovedsakelige formål. Desto kortere tidsrom det er mellom fisjonen og det etterfølgende aksjesalget, desto større praktisk betydning må det antas at plasseringen av bevisbyrden har. Fremstillingen vil i det følgende se nærmere på hvilken rettslig betydning tids- og planleggingsbetraktninger har i gjennomskjæringsvurderingen.

4.6 Særskilt om tids- og planleggingsmomentet

4.6.1 Generelt

Tids- og planleggingsbetraktninger vil etter all sannsynlighet få sentral plass i vurderingen, både i den konkrete gjennomskjæringsvurderingen og ved sammenhengsbetraktninger som nevnt i avsnitt 4.2 ovenfor. Momentet er åpenbart relevant.²³⁹ Den relative vektingen, og den nærmere grensedragningen må likevel vurderes konkret i den enkelte sak, og kan derfor neppe oppstilles på generelt grunnlag. Tids- og planleggingsmomentet knytter seg til tidsrommet mellom fisjonen og det etterfølgende aksjesalget, og til graden av planlegging på fisjonsbeslutnings- eller gjennomføringstidspunktet.²⁴⁰



Figur 1. Problemstillingen kan illustreres ved figuren ovenfor hentet fra PWCs årlige skatt- og avgiftsdag 2009.

²³⁹ Departementet gir anvisning på en vurdering av tidsmomentet i Meld.st.11 (2010-2011) s. 103 hvor det uttales: "Gjennomskjæringssynspunkter kan være mer nærliggende i tilfeller der selskapet omstruktureres i umiddelbar sammenheng med salget".

²⁴⁰ Som nevnt i avsnitt 4.2.2 ovenfor, vil sammenhengsbetraktninger være betinget av at transaksjonsrekken er resultat av en "på forhånd fastsatt plan". Tidsmomentet og graden av planlegging vil dermed vekselvis både ha relevans i denne vurderingen, og i den konkrete gjennomskjæringsvurderingen.

Figuren ovenfor illustrerer både relasjonen mellom selskapets konkrete salgsforberedelser i forkant av fisjonsbeslutning, det vil si når det kan være for sent å gjennomføre fisjonen, og når selskapet eventuelt kan igangsette konkrete salgsplaner i etterkant av fisjonsgjennomføringen. På generelt grunnlag kan det etter min mening ikke oppstilles et konkret skjæringstidspunkt. Dette er heller ikke ønskelig ut fra fritaksmetodens formål om å bedre kapitalmobiliteten for å hindre konserverings- og innlåsnings effekter.

I det følgende vil fremstillingen likevel se nærmere på tids- og planleggingsmomenters relasjon til begge nevnte betraktninger. Fremstillingen pretenderer på ingen måte å gi noen uttømmende redegjørelse.

4.6.2 Tidsmomentet og graden av planlegging på fisjonsbeslutningstidspunktet

Den prinsipielle problemstillingen er på hvilket tidspunkt selskapet må anses ”avskåret” fra å fisjonere. Som det fremgår av avsnitt 4.5.2 ovenfor, er egenverdivurderingen knyttet til fisjonsbeslutningstidspunktet i generalforsamling. Tidsmomentet og graden av planlegging må da også referere seg frem til dette tidspunkt. Undertiden vil det også kunne være relevant å se hen til omstendigheter i tidsrommet fra fisjonsbeslutningen til fisjonen selskapsrettslig og skattemessig trådte i kraft, eventuelt også frem til tidspunktet for realiseringen av aksjene.²⁴¹

På den ene side vil det som nevnt i avsnitt 4.1.3 ovenfor være akseptabelt og helt legitimt, som ledd i selskapets ordinære drift, å utfisjonere formuesgoder som ledd i en alminnelig forberedelsesprosess for salg. Motsatt vil det etter min mening ikke være akseptabel skatteplanlegging der selskapet på fisjonsbeslutnings- eller gjennomføringstidspunktet har inngått bindende avtale om salg av innmaten, men så bestemmer seg for å omstrukturere selskapet i umiddelbar sammenheng med det etterfølgende aksjesalget.²⁴²

²⁴¹ Se for eksempel SKN-2006-15. I BFU 05/05 burde det også etter min mening vært reist spørsmål om bygården faktisk var realisert i skatterettslig forstand på fisjonsbeslutningstidspunktet.

²⁴² Se BFU 05/05. Se også Grydeland og Lorentzen (2007) punkt 6.2.

Mellom disse tilsynelatende klare ytterpunktene oppstår en rekke grensetilfeller hvor det konkrete skjæringstidspunktet ikke kan fastlegges på generelt grunnlag. Noen retningslinjer kan likevel oppstilles på bakgrunn av det foreliggende rettskildematerialet.

Grydeland og Lorentzen fremhever en rekke aktuelle skjæringstidspunkter, samtidig som det ikke tas direkte stilling til når en omstrukturering vil stå i fare for gjennomskjæring.²⁴³ På bakgrunn av egenverdivurderingen i avsnitt 4.4 ovenfor kan det for eksempel være grunnlag for gjennomskjæring der selskapet utfisjonerer salgsobjektet i det øyeblikk det kommer et tilbud om kjøp av innmat. Som det klare utgangspunkt, må dette gjelde både hvor det er selskapet som har initiert til salg, og der selskapet får et tilbud om kjøp av innmat uten forutgående markedsføring eller konkrete forhandlinger med flere kjøpere.²⁴⁴

På den annen side er det et gjennomgående moment for de tilfeller hvor Skattedirektoratet har skåret gjennom transaksjonsrekken at selskapet på fisjonsbeslutningstidspunktet enten allerede har inngått bindende avtale om salg av innmat, eller vært i konkrete forhandlinger med en eller flere potensielle kjøpere.²⁴⁵ I BFU 53/07 ble det motsetningsvis fremhevet at ”salget av aksjene...ikke var planlagt på tidspunktet for vedtakelse eller gjennomføring av fisjonen, samt at det ikke er inngått salgssavtale vedrørende aksjene”. Skattedirektoratet fant dermed ikke grunnlag for gjennomskjæring av selskapets transaksjon. Det kan derfor synes som om det stilles visse krav til omfang og innhold i forhandlingene på tidspunktet for generalforsamlingsvedtaket.

Tids- og planleggingsmomentet reiser vanskelige og skjønnsmessige grensespørsmål som neppe kan besvares på generelt grunnlag. Hvor langt må selskapet ha kommet i de konkrete salgsforhandlingene med kjøper? Hva må forhandlingene i minste fall omfatte, og hvilken virkning har det at valg av transaksjonsform har vært tema under forhandlingene?²⁴⁶

²⁴³ Grydeland og Lorentzen (2007) punkt 6.2.

²⁴⁴ Se for eksempel BFU 05/05 og SKN-2006-15 hvor selskapet initierte til salg.

²⁴⁵ Se for eksempel BFU 05/05 og 24/08. Se også Skatteklagenemndas vedtak i SKN-2006-15.

²⁴⁶ Grydeland og Lorentzen (2007) punkt 6.2.

Det kan med rette hevdes at det er liten grunn til å forskjellsbehandle de selskaper som legger til rette for salg tidlig i prosessen, og de som tilrettelegger sent.²⁴⁷ Etter min mening er det svært uheldig å oppstille en presumsjon for gjennomskjæring der selskapet tilrettelegger sent, typisk i umiddelbar sammenheng med aksjesalget. Som nevnt i avsnitt 4.1.3 ovenfor, er det i utgangspunktet helt legitimt å omstrukturere selskapet som ledd i en alminnelig salgsforberedelsesprosess, selv om fisjonen er skattemessig motivert.²⁴⁸ Dette må som det klare utgangspunkt også gjelde hvor tilretteleggingen skjer sent i prosessen.

Av hensyn til fritaksmetodens hovedformål om å bedre kapitalmobiliteten for å hindre konserverings- og innlåsnings effekter, vil det etter min mening kunne være mer hensiktsmessig å se hen til innholdet og omfanget av forhandlingene, fremfor en sjablongmessig tidslinje, og hvorvidt det faktisk gjenstår sentrale punkter før bindende avtale anses inngått. Vurderingstemaet har nær sammenheng med spørsmålet om salgsojektet allerede på fisjonstidspunktet må anses realisert i skatterettslig forstand.²⁴⁹

Skjæringstidspunktet kan uansett ikke oppstilles generelt på grunnlag av en skjematisk og sjablongmessig tidslinje, men må vurderes helt konkret. Gjennomskjæringsregelen gir nettopp anvisning på en konkret helhetsvurdering av alle spesielle omstendigheter i den enkelte sak.²⁵⁰

På generelt grunnlag må det likevel antas at selskapets konkrete salgsforberedelser i forkant av fisjonsbeslutningstidspunktet vil ha sentral plass, både ved sammenhengsbetraktninger, og i den konkrete gjennomskjæringsvurderingen. Det vil normalt ikke være formålsstridig at selskapet selger aksjer fremfor formuesgodene som sådan.²⁵¹

²⁴⁷ Slik også Grydeland og Lorentzen (2007) punkt 6.2.

²⁴⁸ Se for eksempel Rt 1978 s. 1184 *Grecon* og Rt 2008 s. 438 *Habberstad*.

²⁴⁹ Etter min mening kunne Skattedirektoratet i BFU 05/05 også med fordel reist spørsmålet om bygården allerede var realisert på fisjongs gjennomføringstidspunktet.

²⁵⁰ Se avsnitt 3.2 ovenfor.

²⁵¹ Slik også Grydeland og Lorentzen (2007) punkt 6.2.

Når lovgiver etter grundige overveielser bevisst har valgt å innføre en forskjellsbehandling i gevinstbeskatningen, skal det etter min mening mye til for at selskapets valg av transaksjonsmodell kan anses å være i strid med fritaksmetodens formål.²⁵²

Skattemotiverte fisjoner har også som nevnt i forrige avsnitt i stor grad vært ansett legitimt av Høyesterett. Det er først når fisjonsinstiuttet anvendes i umiddelbar sammenheng med et etterfølgende aksjesalg at den ulovfestede gjennomskjæringsregelen vil være aktuell i praksis. Etter min mening vil tids- og planleggingsbetraktninger derfor ha sentral betydning både ved sammenhengsbetraktninger, og i den konkrete gjennomskjæringsvurderingen.

4.6.3 Når kan selskapet igangsette konkrete salgsforberedelser etter fisjongjennomføringen?

Spørsmålet om når selskapet uten risiko for gjennomskjæring kan igangsette konkrete salgsforberedelser i etterkant av fisjongjennomføringen har nær tilknytning til vurderingstemaet i forrige avsnitt. Problemstillingen i det følgende er imidlertid utelukkende om det må være ”luft” mellom fisjongjennomføringen og selskapets igangsettelse av konkrete salgsforberedelser. Vurderingstemaet knytter seg dermed til omstendigheter som i tid oppstår i etterkant av fisjongjennomføringstidspunktet.²⁵³

Skjæringstidspunktet må avgjøres helt konkret i den enkelte sak, og på grunnlag av hvilken forretningsmessig egenverdi utfisjoneringsen har for selskapet i tiden frem til overdragelsen av aksjene.²⁵⁴ Presumtivt vil en fisjon i umiddelbar sammenheng med et etterfølgende aksjesalg normalt ikke innebære noen realitet for selskapet utover skattebesparelsen. Typisk for disse tilfellene er at selskapet blir forelagt et attraktivt tilbud om kjøp av formuesgoder som ligger innlåst i selskapet. For å kunne oppnå et skatteoptimalt salg ser selskapet seg dermed tvunget til å foreta en nær forestående fisjon.

²⁵² Slik også PricewaterhouseCoopers (2009a) s. 27.

²⁵³ Både selskapsrettslig og skatterettslig ikrafttredelse.

²⁵⁴ Se avsnitt 4.4 ovenfor.

På den annen side var et av hovedformålene med fritaksmetoden å bedre kapitalmobiliteten for å hindre konserverings- og innlåsnings effekter. Dette taler for at det ikke kan oppstilles et ubetinget krav om ”luft” mellom fisjonsgjennomføringen og aksjesalget.²⁵⁵

I Utv 2011-1659 (Oslo tingrett) gikk det 6-7 måneder mellom fisjonen og aksjesalget. Retten fant det sannsynliggjort at salg ikke var besluttet på fisjonstidspunktet, og det var heller ikke grunnlag for å se det etterfølgende salget av aksjene i sammenheng med omstruktureringen. Det må antas at også kortere tidsrom vil godtas i praksis.

Departementet fremhevet også under skattereformen at det skulle legges vekt på generelle og konsistente prinsipper for dermed å skape stabilitet og forutsigbarhet.²⁵⁶ En praksis som opererer med et krav om ”luft” mellom fisjonen og salgsforberedelsene vil kunne komme i strid med disse hensynene.²⁵⁷ Som nevnt i avsnitt 4.6.2 ovenfor, gir gjennomskjæringsregelen anvisning på en konkret vurdering av alle spesielle omstendigheter i den enkelte sak. Et generelt skjæringstidspunkt kan da neppe oppstilles.

Likevel vil tidsmomentet unektelig være et viktig moment i egenverdivurderingen, både under grunnvilkåret og ved totalvurderingen. Dersom det går kort tid mellom fisjonen og aksjesalget vil domstolene og ligningsmyndighetene normalt ikke ha store problemer med å konstatere at det hovedsakelige formål med transaksjonen har vært å spare skatt.²⁵⁸ Etter min mening vil prøvelsen derfor i stor grad ligge i å kunne konstatere at transaksjonen er formålsstridig. Når lovgiver etter grundige overveielser har valgt å innføre en slik substansiell forskjellsbehandling i gevinstbeskatningen, skal det imidlertid mye til for at transaksjonen kan anses å være i strid med skattereglenes formål.²⁵⁹

²⁵⁵ Slik også Dimmen (2007) s. 55 og Slåtta (2005) s. 130.

²⁵⁶ NOU 2003:9 punkt 1.1.

²⁵⁷ Slik også Dimmen (2007) s. 55.

²⁵⁸ Se for eksempel BFU 05/05, BFU 24/08 og SKN-2006-15.

²⁵⁹ Slik også PricewaterhouseCoopers (2009) s. 27.

5 Avsluttende bemerkninger

Avhandlingens primære siktemål har vært å belyse den nærmere grensen mellom legitim skatteplanlegging og uakseptabel omgåelse ved fisjon med etterfølgende aksjesalg gjennom en kritisk analyse av det skatterettslige rettskildematerialet.

Som det fremgår av avsnitt 4.1.2 ovenfor, er den ulovfestede gjennomskjæringsregelen i utgangspunktet anvendelig ved slike transaksjonsrekker, og det må antas at en rekke av problemstillingene som tas opp i denne fremstillingen, innen overskuelig fremtid vil bli forelagt Høyesterett. Flere saker vil oppstå for ligningsmyndighetene.

I hovedtrekk må problemstillingen anses særlig aktuell som følge av to betraktninger. For det første medfører skattefritaket under fritaksmetoden betydelige terskeeffekter, og representerer sterke økonomiske incentiver for skattyter til å tilpasse sine privatrettslige innretninger. I forlengelsen av dette må det påpekes at reglene bevisst er gjort firkantede av lovgiver, noe som gjør det mulig for skattyter å tilpasse sine transaksjoner alt ettersom det selges med tap eller gevinst.

Grensen mellom legitim skatteplanlegging og uakseptabel omgåelse de lege lata er svært usikker, og består av en rekke skjønnsmessige fragmenter som bidrar til at grensen fremstår som flytende. I stor grad ligger problemet i Høyesteretts ordrike formulering av vilkårene for gjennomskjæring, og angivelsen av flere til dels sammenfallende vurderingstema under både grunnvilkåret og totalvurderingen.

I tillegg bærer problemstillingen preg av at både aksjesalg fremfor salg av innmat, og fisjon uten umiddelbar beskatning, hver for seg, anses som akseptabel skatteplanlegging, og som hovedregel også helt legitim.

6 Kildehenvisninger

6.1 Litteraturliste

- Banoun (2003) Bettina Banoun *Omgåelse av skattereglene; en studie av høyesterettspraksis*, Cappelen, Oslo 2003.
- Banoun (2004) Bettina Banoun *Hvordan bør skattelovgivningen utformes for å motvirke omgåelse?* Tidsskrift i skatterett, 2004 nr.01.
- Boe (1996) Erik Boe *Innføring i juss; Juridisk tenkning og rettskildelære*, 2.utg. Tano Aschehoug Forlag 1996, 4.opplag 2004.
- Brudvik mfl. (2004) Arthur J. Brudvik, Sven Rune Greni, Jan Syversen, Magnus Aarbakke *Skattelovkommentaren 2003/04*, Kommuneforlaget, 3.utg. Oslo 2004.
- Brudvik (2010) Arthur J Brudvik *Skatterett for næringsdrivende*, 33. Utg. Cappelen Akademisk Forlag, 2010.
- Dimmen (2007) Ole Andreas Dimmen *Fritaksmetoden – en gavepakke til skatteplanleggerne?* Institutt for offentlig retts skriftserie 8/2007.
- Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff (red.) *Rettskildelære* 5.utg v/ Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget 2001, 2.opplag 2005.
- Ernst & Young (2005) Ernst & Young, *Skattereformen – en presentasjon*, 3.utg. Den norske Revisorforeningen 2005.
- Fleischer (1998) Carl August Fleischer *Rettskilder og juridisk metode*, 1.utg, Gyldendal Akademisk Forlag 1998.
- Folkvord (2006) Benn Folkvord *Skatt ved fusjon og fisjon*. Bergen, Gyldendal Akademisk 2006.
- Folkvord (2007) Benn Folkvord *Er skattemessig motivasjon et grunnvilkår for gjennomskjæring?* Universitetsforlaget, Skatterett 2007 s. 293.

- Folkvord (2009) Benn Folkvord *Betydningen av ulemper ved ulovfestet omgåelse* Universitetsforlaget, Skatterett 2009 s. 169.
- Fredriksen (2008) Ola Fredriksen *Høyesteretts anvendelse av ligningspraksis som rettskilde*, Skatterett 2008 s. 224-260.
- Gjems-Onstad (1999) Ole Gjems-Onstad *Valg av selskapsform*, 4.utg. Gyldendal Akademisk, Oslo 1999.
- Gjems-Onstad (2008) Ole Gjems-Onstad *Norsk Bedriftsskatterett*. 7. utg. Gyldendal Akademisk, Oslo, 2008.
- Grydeland & Lorentzen (2007) Aleksander Grydeland og Trine A. Lorentzen *Problemstillinger relatert til fritaksmetoden*, Revisjon og Regnskap 2007, 2. utgave.
- Jensen (2009) Eirik Jensen *Hva er vurderingsgjenstand etter omgåelsesnormen? – Refleksjoner etter Høyesteretts dom I Norske Conoco-saken*, Tidsskrift i rettsvitenskap: skatterett 2009 nr. 1.
- Lundeland (2009) Kåre Lundeland *Den ulovfestede gjennomskjæringsregel i skatte- og avgiftsretten – Hva med grunnvilkåret i Reitan-dommen?* Universitetsforlaget, Skatterett 2009 s. 56.
- PricewaterhouseCoopers (2008) Norsk Eiendomskompetanse og PricewaterhouseCoopers i samarbeid med Boligprodusentenes Forening og Foreningen Næringseiendom *Den årlige skatt- og avgiftsdagen for fast eiendom* 2008.
- PricewaterhouseCoopers (2009a) Norsk Eiendomskompetanse og PricewaterhouseCoopers i samarbeid med Boligprodusentenes Forening og Foreningen Næringseiendom *Den årlige skatt- og avgiftsdagen for fast eiendom* 2009.
- PricewaterhouseCoopers (2009b) PricewaterhouseCoopers ved Lars Aasen *Fisjonér i tide*, Mentor nr. 3 - 09, Oslo forlagstrykkeri, 2009.

- Pretor (2011) Pretor advokat ved adv. Tom Solberg *Bruk av single purpose eiendomsselskap ved salg av fast eiendom*. Elektronisk utgave av artikkel tilgjengelig på http://www.pretor.no/?div_id=14&pag_id=14&art_id=1014
- Selmer (2005) Selmer advokatfirma *Tilpasninger til fritaksmetoden – gjennomskjæring?* Nyhetsbrev 28.februar 2005, elektronisk utgave av artikkel tilgjengelig på <http://www.tekna.no/ikbViewer/Content/779881/Nyhetsbrev%20Selmer%2028feb05.pdf>
- Syversen (2007) Jan Syversen *Fire høyesterettsdommer om skattemessig gjennomskjæring med særlig fokus på dommen i Rt 2006 s. 1232, Telenor Eiendom Holding – En ny «vri» på gjennomskjøringsregelen?* UTV 2007 s. 468-491.
- Zimmer (2005) Frederik Zimmer *Lærebok i skatterett*, 5 utg. Universitetsforlaget, Oslo, 2005.
- Zimmer (2007) Frederik Zimmer, *Hva er vurderingstemaet i omgåelsessaker?* Universitetsforlaget, Skatterett 2007 s. 2-13.
- Zimmer (2008) Frederik Zimmer *Høyesterettsdommer i skattesaker 2007* Universitetsforlaget, Skatterett 2008 nr.4 s. 302.
- Zimmer (2009a) Frederik Zimmer *Lærebok i skatterett*, 6 utg. Universitetsforlaget, Oslo, 2009.
- Zimmer (2009b) Frederik Zimmer *Omgåelser og ulemper*, Skatterett 2009 s. 268-272, Universitetsforlaget.
- Zimmer & Bahr. (2010) Frederik Zimmer (red.) i samarbeid med advokatfirmaet BAHR *Bedrift, selskap og skatt*. 5. Utg. Oslo, 2010.

6.2 Lov- og forskriftsregister

Asal.	Lov 13.juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
Asl.	Lov 13.juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)
Avhl.	Lov 3.juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova)
Sktl.	Lov 26.mars 1999 nr.14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)
Tvl.	Lov 17.juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
EØS-avtalen	Inkorporert ved Lov 27.november 1992 nr.109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.
FSFIN.	Finansdepartementets skattelovforskrift 19.november 1999 nr. 1158.

6.3 Lovforarbeider

Ot.prp.nr. 16 (1991-1992)	Oppfølging av skattereformen 1992
Ot.prp.nr. 71 (1995-1996)	Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper
Ot.prp.nr. 23 (1996-1997)	Aksjeselskaper og lov om allmennaksjeselskaper
Ot.prp.nr. 86 (1997-1998)	Ny skattelov
Ot.prp.nr. 1 (2004-2005)	Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer
Ot.prp.nr. 1 (2005-2006)	Skatte- og avgiftsopplegget 2006 – lovendringer
Prop.78 L (2010–2011)	Endringer i skatteloven (skattefri omorganisering mv)
Prop.1 LS (2011-2012)	Skatter, avgifter og toll 2012
NOU 1984:14	Bedrifts- og kapitalbeskatningen – en skisse til reform
NOU 1989:19	Bedrifts- og kapitalbeskatningen – en skisse til reform
NOU 2003:9	Skatteutvalget, forslag til endringer i skattesystemet

Innst.S.nr.232 (2003-2004)

Inns.O.nr.10 (2004-2005)

Innst.4 L (2011-2012)

St.meld.nr. 29 (2003-2004)

Meld.St.11 (2010-2011)

Innstilling fra finanskomiteen om skattereform

Innstilling fra finanskomiteen om skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer

Innstilling fra finanskomiteen om skatter og avgifter 2012 – lovendringer

Melding til Stortinget om skattereform

Melding til Stortinget om evaluering av skatte-reformen 2006

6.4 Domsregister

Høyesterett

Rt 1934 s. 347

Jerndahl

Rt 1963 s. 478

Siraco

Rt 1968 s. 58

Asdahl

Rt 1973 s. 931

Holst

Rt 1976 s. 1317

Harnoll

Rt 1978 s. 60

Smestad

Rt 1978 s. 1184

Grecon

Rt 1981 s. 534

Voksenkollen

Rt 1982 s. 789

Torkildsen

Rt 1993 s. 173

Phønix

Rt 1994 s. 492

Gokstad

Rt 1998 s. 1779

INA

Rt 1999 s. 946

ABB

Rt 1999 s. 1437

Øverbye

Rt 2000 s. 1865

Nygård

Rt 2002 s. 456

Hydro Canada

Rt 2002 s. 798

Nordea

Rt 2004 s. 1331

Aker Maritime

Rt 2005 s. 1171

Skjelland

Rt 2006 s. 1062	<i>Fauske</i>
Rt 2006 s. 1199	<i>Nagell-Erichsen</i>
Rt 2006 s. 1232	<i>Telenor</i>
Rt 2007 s. 209	<i>Hex</i>
Rt 2008 s. 438	<i>Habberstad</i>
Rt 2008 s. 1510	<i>Reitan</i>
Rt 2008 s. 1537	<i>Conoco Phillips</i>
Rt 2009 s. 1208	<i>Hurtigruten AS</i>

Lagmannsretten

Utv 2008 s. 1596	<i>Friis & Riis</i> (LB-2007-186968)
Utv 2007 s. 1093	<i>Habberstad</i> (LF-2007-6588)

Tingretten

Utv 2011-1659	<i>Holmenkollen</i> (TOSLO-2011-30463)
---------------	--

6.5 Bindende forhåndsuttalelser fra Skattedirektoratet, vedtak fra Skatteklagenemnda for storbedrifter, rundskriv, Lignings-ABC

Skattedirektoratet

BFU 77/04	Utfisjoning av kontantbeholdning til nystiftet selskap (skatteloven §§ 11-1 flg.)
BFU 05/05	Spørsmål om den skattemessige behandlingen ved utfisjoning og etterfølgende salg av aksjene (skatteloven § 2-38 og ulovfestet gjennomskjæring)
BFU 15/05	Fisjon av partrederi
BFU 67/05	Spørsmål om ulovfestet gjennomskjæring ved fisjon og salg av aksjer i eiendomsselskap
BFU 74/05	Spørsmål om fisjon og senere salg av aksjer mellom konsernselskaper - ulovfestet gjennomskjæring

BFU 19/06	Spørsmål om ulovfestet gjennomskjæring ved overføring av aksjer etter overgangsregel E, fisjon og påfølgende salg av aksjer
BFU 36/06	Fisjon, overføring av aksjer etter overgangsregel E og etterfølgende salg av aksjer, spørsmål om ulovfestet gjennomskjæring
BFU 28/07	Kommer ulovfestet gjennomskjæring til anvendelse ved salg av aksjer?
BFU 29/07	Kommer ulovfestet gjennomskjæring til anvendelse ved salg av aksjer?
BFU 53/07	Spørsmål om ulovfestet gjennomskjæring kommer til anvendelse ved salg av aksjer
BFU 06/08	Spørsmål om ulovfestet gjennomskjæring kommer til anvendelse ved konserninternt aksjesalg i forbindelse med omorganisering (ulovfestet gjennomskjæring)
BFU 24/08	Fisjon av eiendeler med påfølgende salg av aksjer – ulovfestet gjennomskjæring
BFU 27/10	Omorganisering – ulovfestet gjennomskjæring

Skatteklagenemnda for storbedrifter

SKN-2006-15	Spørsmål om ulovfestet gjennomskjæring kommer til anvendelse ved utfisjonering av eiendommer og senere skattefritt salg av aksjer
-------------	---

Rundskriv

Rundskriv G 06/2005	Den tinglysningsmessige fremgangsmåten når fast eiendom blir overført i forbindelse med fusjon, fisjon og omdanning
---------------------	---

Lignings-ABC

Lignings-ABC 2011

Elektronisk utgave tilgjengelig på:

<http://www.skatteetaten.no/Upload/PDFer/04a%20101505%20GRMAT%20Lignings-ABC%202011%20113202%20L.pdf>

6.6 Annet

Pressemelding 04.01.2007:

Pressemelding fra brønnøysundregistrene, elektronisk utgave tilgjengelig på:

http://www.brreg.no/presse/pressemeldinger/2007/01/fr-statistikk_06.html

6.7 Personlige meddelelser

Braanaas, Pål (Revisorforeningen): E-post og telefonsamtale 27.februar 2012.

Solberg, Tom (Pretor Advokat): Møte og telefonsamtale 29.februar 2012.

Bakko, Einar og Hansen,

Trond Ingar (Selmer Advokat): Møte og telefonsamtale 8. og 21.mars 2012.

7 Liste over tabeller og figurer mv.

Figur 1.

Side 57.